

**TRIBUNAL GALEGO DE
DEFENSA DA COMPETENCIA**

**MEMORIA DE ACTIVIDADES
2009**

Santiago de Compostela

ÍNDICE

1. PRESENTACIÓN.....	5
2. INTRODUCIÓN.....	7
3. OS ÓRGANOS GALEGOS DE DEFENSA DA COMPETENCIA.....	11
4. O TRIBUNAL GALEGO DE DEFENSA DA COMPETENCIA	13
4.1. Membros do TGDC	13
4.2. Presuposto do TGDC	16
4.3. Reunións do Pleno do TGDC	16
5. FUNCIÓNS DO TGDC E O CONTEXTO DE CRISE E OPORTUNIDADES	18
5.1. Funcións	20
5.2. A evolución dos efectos da crise: Da crise empresarial á crise dos Estados	24
6. PRINCIPIOS GUÍA DO TGDC	27
7. OBXECTIVOS E ACTIVIDADES DESENVOLVIDAS POLO TGDC NO ANO 2009	29
7.1. Resolución de expedientes	30
7.2. Realización de informes e funcións consultivas.....	46
7.3. Estímulo á actuación de oficio do SGDC	52
7.4. Coñecemento da realidade dos mercados galegos dende unha perspectiva de competencia.....	53
7.5. Promoción do coñecemento dos beneficios da libre competencia e do funcionamento dos órganos de defensa da competencia	58

7.6. Ampliación e fortalecemento das relacóns institucionais do TGDC	67
8. OBXECTIVOS DO TGDC PARA O ANO 2010.....	73
ANEXO I: Resolucións adoptadas polo TGDC en 2009.....	74
ANEXO II: Real decreto 261/2008, do 22 de febreiro, polo que se aproba o Regulamento de defensa da competencia.	287
ANEXO III: Lei 29/2009, do 30 de decembro, pola que se modifica o réxime legal da competencia desleal e de a publicidade para a mellora da protección dos consumidores e usuarios.....	292

1. PRESENTACIÓN

A Lei 6/2004, do 12 de xullo, reguladora dos órganos de defensa da competencia da Comunidade Autónoma de Galicia, creou as institucións galegas de defensa da competencia. Segundo o seu artigo 3.3.j), o Tribunal Galego de Defensa da Competencias (en adiante, “TGDC” ou “Tribunal”) ten a obriga de elaborar unha memoria anual e, o seu presidente, a de comparecer anualmente ante a Comisión 3^a do Parlamento Galego, encargada dos asuntos de Economía, Facenda e Orzamentos, para presentala, antes do 30 de xuño de cada ano, coa finalidade de que dea “conta das actividades do tribunal no exercicio anterior e dos seus obxectivos para o seguinte” [artigo 6.1.f)].

A elaboración da Memoria e a súa presentación ante a comisión parlamentaria ten un valor fundamental para o Tribunal, especialmente nesta ocasión na que, ao terse cumplido o quinto ano dende o nomeamento dos actuais membros do Pleno, é posible ofrecer xa unha perspectiva axeitada para valorar a incidencia do Sistema Galego de Defensa da Competencia na economía de Galicia.

Neste sentido, a presentación da Memoria en sede parlamentaria permite visualizar ante a sociedade galega o interese do Parlamento Galego póllos valores que representa a competencia, así como amosar a súa importancia para o desenvolvimento económico de Galicia.

A Memoria que se presenta expón, segundo esixe a normativa vixente, as actividades desenvolvidas polo TGDC no 2009 e os obxectivos propostos para 2010, amosando as fortalezas e debilidades do modelo institucional actual para afrontar os retos aos que se enfrenta a economía galega.

A presente Memoria foi aprobada polo Pleno do TGDC na súa sesión do 24 de maio de 2009.

Membros do Pleno do TGDC.

Presidente:

D. José Antonio Varela González.
(Decreto 277/2004, do 25 de novembro).

Vogais:

D. Alfonso Vez Pazos (Vogal).
(Decreto 277/2004, do 25 de novembro).

D. Fernando Varela Carid (Vogal).
(Decreto 277/2004, do 25 de novembro).

Actúa como Secretario:

D. José Antonio Rodríguez Miguez.
(Con data de 7 de abril de 2005, o Pleno do Tribunal Galego de
Defensa da Competencia acordou nomear secretario do Pleno ao
secretario xeral do TGDC).

2. INTRODUCIÓN

En tempos de crise, a Política de Competencia intensifica a súa importancia xa que, ó contraerse a demanda, existe unha tentación máis forte de xogar ilícitamente no mercado mediante acordos colusorios ou abusando do poder de mercado existente para manter os beneficios a costa dos más débiles na cadea producción-consumo.

Neste contexto, a asunción de competencias executivas en materia de defensa da competencia por organismos autonómicos, que xa é unha realidade no modelo administrativo español, amosa as vantaxes da proximidade nunha contorna de colaboración e traballo coordinado coas demás institucions garantes da competencia, sexan autonómicas, nacionais ou comunitarias.

O 29 de decembro de 2009 rematou o mandato conferido aos actuais membros do Pleno do Tribunal Galego de Defensa da Competencia (TGDC). Este feito fai conveniente elaborar xá, com certa perspectiva, un balance axeitado da súa actividade, así como sublimar os retos ineludibles cara ó futuro.

Como se verificará nas páxinas desta Memoria, o labor realizado nos cinco anos da súa actividade polo TGDC sitúalo como unha institución de referencia entre as autoridades autonómicas de competencia, na medida en que varias das súas iniciativas, nalgún caso pioneras en España, tense desenvolvido despois por outras autoridades. Valga a modo de exemplo, a iniciativa de realizar estudos sobre a percepción da competencia, inspirada na actividade da autoridade británica Office of Fair Trading.

Este significativo nivel de actividade pudo ser acadado, sen dúbida, grazas ao enfoque proactivo que o inspira dende a súa creación e que lle permitiu actuar en áreas tan relevantes como as de análise dende a perspectiva da competencia dos sectores económicos e difusión e promoción dos valores da competencia. Pero non se debe esquecer que

queda moito por facer; esencialmente, potenciar a actuación de oficio e a promoción activa da competencia.

No ano 2009, o TGDC aplicou a nova Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia, a todos os expedientes tramitados, agás un deles no que a antiga Lei 16/1989, do 17 de xullo, de defensa da competencia, resultaba de plena aplicación dado que o expediente fora iniciado antes da entrada en vigor da nova Lei 15/2007, o 1 de setembro de 2007.

A lectura do contido da Lei 15/2007, que constitúe o marco xeral da defensa da competencia en España, permite apreciar a visión do lexislativo galego que, no texto propio do 2004, xa recollía algunas figuras que foron incorporadas á normativa estatal, tal como acontece coa maior implicación do Parlamento español na actividade da nova Comisión Nacional da Competencia (CNC), que integra os dous organismos previamente existentes: o Tribunal de Defensa da Competencia e o Servizo de Defensa da Competencia.

No ano 2009, cómpre salientar o descenso no número de expedientes que tiveron entrada no TGDC, fronte ao significativo incremento experimentado no 2008. A causa non debe situarse nunha perda de vitalidade da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de Defensa da Competencia, que reforza os poderes das Autoridades da Competencia, senón nunha diminución do número de denuncias, sen que tal redución se compensara pola apertura de novos expedientes de oficio. E isto é consecuencia da escasa dotación do SGDC.

A emisión de informes relativos a proxectos normativos e mais á instalación de grandes establecementos comerciais reduciuse nese ano respecto da elevada cifra do anterior. Porén, neste punto non se pode esquecer que a realización do primeiro tipo de tales informes non depende do propio Tribunal senón da actuación dos responsables administrativos, cando deciden pedir o informe sobre un proxecto normativo ou, no segundo tipo, dos responsables empresariais, cando

deciden iniciar a instalación dun grande establecemento comercial. Neste punto, sen dúbida, a actual crise económica resulta un factor decisivo, así como as expectativas creadas pola transposición da Directiva de servizos, que ía reducir os requisitos, e mesmo suprimir a chamada “segunda lizenza”, para implantar estas grandes superficies.

Respecto á realización de informes sobre proxectos normativos dende a perspectiva da competencia resulta de interese salientar as melloras producidas, em particular as que resultan da creación e actividade de órganos autonómicos de defensa da competencia. Neste sentido, cabe sublimar que a Comunidade Autónoma de Andalucía dotou a súa Axencia de Defensa da Competencia, creada pola Lei 6/2007, do 26 de xuño, de Promoción e Defensa da Competencia de Andalucía¹, da misión de emitir informe sobre todos os anteproxectos de lei e proxectos de disposicións regulamentarias que afecten á competencia², conferindo ao seu Consello o establecemento dos criterios necesarios para determinar os supostos nos que un proxecto normativo pode restrinxir a competencia³. Esta función da axencia andaluza constitúe, en opinión do TGDC, un referente a considerar.

O Tribunal mantivo a súa actividade de coñecemento da realidade dos mercados galegos dende a perspectiva da competencia, que se materializou na realización de diversos estudos. Débese subliñar que todos os estudos deste tipo realizados foron incorporados á Rede Española de Competencia (REC), o que permite que todos os órganos españois de defensa da competencia poidan aproveitar o importante esforzo realizado polo Tribunal galego por afondar na análise dos mercados, dende o punto de vista da competencia. E mesmo, desenvolve novos modelos de análise da competencia en sectores onde non se tiña realizado estudo algúin, dende a específica perspectiva da competencia.

¹ BOJA nº 131, do 4 de xullo.

² Artigo 3.i) da Lei 6/2007, do 26 de xuño, e 8.3.a) dos Estatutos da Axencia de Defensa da Competencia de Andalucía, aprobados mediante o Decreto 289/2007, do 11 de decembro.

³ Resolución do 10 de xullo de 2008, da Axencia de Defensa da Competencia de Andalucía, pola que se aproban os criterios para determinar os supuestos nos que un proxecto normativo pode incidir na competencia.

A Lei 15/2007 trasladou aos órganos de defensa da competencia un maior papel na garantía do funcionamento competitivo dos mercados. A sustitución do esquema dual anteriormente existente, e que ainda se mantén no modelo galego, por un modelo de organismo único con novas competencias está a permitir á CNC desenvolver unha actuación moito más proactiva, especialmente no que se refire as actuacións de oficio que se incrementaron moi notablemente, así como potenciar o desenvolvemento de actuacións de promoción da competencia. Este novo enfoque, así como as novas accións, contribuirán, sen dúbida, a trasladar á sociedade a importancia do labor desenvolvido. Por elo, o TGDC recomenda impulsar a reforma da lexislación galega para asumir plenamente as oportunidades que ofrece a Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia.

Seguindo o modelo de anos anteriores, a presente Memoria describe, en primeiro lugar, as características dos órganos galegos de defensa da competencia, con particular atención ao propio TGDC, ás súas funcións e os principios que orientan a súa actuación. A continuación, indícanse os obxectivos que impulsaron a súa actividade no 2009, así como as actividades desenvolvidas para acadalos. A Memoria conclúe cun apartado onde se recollen os obxectivos do Tribunal para o ano 2010.

A derradeira parte da Memoria contén interesantes Anexos, nos que se recollen, entre outros contidos, as Resolucións do TGDC a texto completo.

3. OS ÓRGANOS GALEGOS DE DEFENSA DA COMPETENCIA

Como xa se resaltou nas anteriores Memorias do TGDC, Galicia presenta a singularidade de ser a primeira Comunidade Autónoma que desenvolveu por lei tanto a creación dos órganos de defensa da competencia como a súa regulación básica.

O modelo galego, seguindo o esquema existente nese momento na Administración Xeral do Estado no marco da Lei 16/1989, do 17 de xullo, de Defensa da Competencia, deseñou un modelo con dous órganos: o Servizo Galego de Defensa da Competencia (SGDC) e o Tribunal Galego de Defensa da Competencia (TGDC). Tras ela, outras Comunidades Autónomas optaron pola mesma solución, como o País Vasco, Valencia, Aragón. Cataluña, que inicialmente tamén optara por tal modelo institucional, recentemente adoptou, mediante lei, o modelo de autoridade única.

O TGDC foi creado en 2004, como un organismo autónomo de carácter administrativo, adscrito á Consellería de Economía e Facenda, dotado de personalidade xurídica e orzamento propios, con capacidade de obrar e plena independencia no exercicio das súas competencias⁴. Pola súa banda, o SGDC foi integrado na estrutura orgánica da Consellería de Economía e Facenda, con rango de subdirección xeral, dependente da Secretaría Xeral e do Patrimonio, aunque con posterioridade se lle agregaron funcóns adicionais.

A introdución do modelo de órgano único adoptado pola Comisión Nacional de la Competencia (CNC), anticipado pola Comunidade de Madrid e a Axencia da Competencia de Andalucía⁵, ten, entre outras vantaxes, a de trasnsmitir unha imaxe más clara de independencia, xa que desvincula o órgano instructor da autoridade administrativa, ao

⁴ Artigo 1.1. da Lei 6/2004, do 12 de xullo.

⁵ O modelo de Autoridade única foi obxecto de análise nun estudo previo, elaborado polo Instituto de Dereito Industrial da Universidade de Santiago de Compostela (IDIUS), como a fórmula máis axeitada, aínda que finalmente, optouse pola homologación co modelo que naquel entón tiña a Administración Xeral do Estado.

tempo permite un mellor e máis eficiente aproveitamento dos recursos dispoñibles, especialmente en tempos de crise nos que a sociedade reclama a redución do gasto público. O modelo da CNC supón, no marco institucional español, a opción pola fórmula que atribúe maior autonomía e independencia institucional posible á institución, por estar configurada como organismo público dos previstos na Disposición adicional décima da Lei 6/1997, do 14 de abril, de organización e funcionamento da Administración Xeral do Estado (LOFAXE)⁶.

A oportunidade de homoxeneizar os sistemas de defensa da competencia autonómicos para aproximalos ao modelo da Administración Xeral do Estado constitúe unha opción posible, e mesmo deseable, que debe ser obxecto de reflexión pola Xunta de Galicia e polo Parlamento Galego.

⁶ Deste xeito, a CNC dótase da mesma autonomía funcional que a Comisión Nacional do Mercado de Valores (CNMV), o Consello de Seguridade Nuclear (CSN) ou a Comisión do Mercado das Telecomunicacións (CMT).

4. O TRIBUNAL GALEGO DE DEFENSA DA COMPETENCIA

A Lei 6/2004, do 12 de xullo, configura ao TGDC como un organismo autónomo de carácter administrativo, dotado de personalidade xurídica e orzamento propios, con capacidade de obrar e plena independencia no exercicio das súas competencias. O TGDC está integrado organicamente polo Pleno, formado por tres membros: o presidente e dous vogais, coa condición de altos cargos. Trátase dun órgano colexiado ao que asiste un secretario.

A xestión básica do Tribunal corresponde ao presidente, asistido polo secretario xeral e o resto do persoal administrativo do mesmo. O secretario xeral do TGDC desenvolve tamén, por acordo do Pleno, a función de secretario do Pleno.

O presidente e os vogais do TGDC foron nomeados polo Consello da Xunta de Galicia. O seu nomeamento ten unha duración de cinco años, renovable unha soa vez. O presidente e os vogais exercen as súas funcións con dedicación absoluta.

Trala aprobación da Lei 4/2006, do 30 de xuño, de transparencia e de boas prácticas na Administración pública galega, para a elección do presidente, o Consello da Xunta de Galicia porá en coñecemento do Parlamento de Galicia, con carácter previo, o nome da persoa proposta, co fin de que poida dispor a súa comparecencia ante a comisión correspondente da Cámara⁷.

4.1. Membros do TGDC

O cadro de persoal do TGDC durante o ano 2009 non experimentou cambio algúns respecto do que dispoña cando, no ano 2005, se cubriron todas as prazas de que estaba dotado na súa

⁷ Artigo 16, da Lei 4/2006.

estructura orgánica. O TGDC está integrado por 8 persoas: tres membros do Pleno, coa consideración de altos cargos; un secretario xeral (Grupo A), que actúa tamén como secretario do Pleno; dous secretarios (Grupo C), para o presidente e os vogais; un habilitado (Grupo C); e un ordenanza (Grupo E). En relación a outros organismos semellantes bótase en falta a existencia de técnicos especializados en defensa da competencia, tanto na área xurídica como na económica.

Aínda que a Autoridade Catalana da Competencia reduciu o número de membros do seu órgano resolutorio (a lei anterior prevía ata 7 e se nomearon 5) e asignoulles unha dedicación parcial, tanto o Tribunal de Defensa da Competencia da Comunidade de Madrid, como a Axencia de Defensa da Competencia de Andalucía e o Tribunal de Defensa da Competencia da Comunidade Valenciana, de recente creación, manteñen a dedicación exclusiva dos seus membros. Este sistema reforza a capacidade de actuación do órgano e amplía o número de potenciais candidatos a cubrir o posto, por mor das posibles incompatibilidades dos profesionais que manteñan outra actividade simultaneamente.

As persoas que desenvolveron as súas tarefas no TGDC no ano 2009 son as seguintes:

José Antonio Varela González.

Presidente. (Decreto 277/2004, do 25 de novembro).

Alfonso Vez Pazos.

Vogal. (Decreto 277/2004, do 25 de novembro).

Fernando Varela Carid.

Vogal. (Decreto 277/2004, do 25 de novembro).

José Antonio Rodríguez Miguez.

Secretario Xeral e Secretario do Pleno

(Comisión de servizos desde o 1 de abril de 2005. Foi nomeado polo procedemento de libre designación o día 25 de xaneiro de 2006. Con data de 7 de abril de 2005, o Pleno do TGDC acordou nomear secretario do Pleno ao secretario xeral do TGDC).

M^a Tareixa de Dios González.

Secretaria do presidente.

(Incorporación ao TGDC o día 16 de decembro de 2005)

Ana Isabel Canabal Lázara.

Secretaria dos vogais.

(Incorporación ao TGDC o día 29 de decembro de 2005).

Sustituida por Modesto Rivas Hidalgo.

José Juan Lorenzo Salgado.

Habilitado.

(Incorporación ao TGDC o día 16 de decembro de 2005).

Modesto Rivas Hidalgo.

Ordenanza.

(Incorporación ao TGDC o día 7 de xullo de 2008).

Sustituido por D.^a Natalia Cardeso Mallón.

Táboa 1. Evolución do persoal do TGDC 2005_2009

Ano	Altos cargos	Persoal funcionario
2005	3	1
2006	3	5
2007	3	5
2008	3	5
2009	3	3 ⁸

⁸ A reducción temporal do persoal en activo debéuse a vicisitudes propias da vida administrativa, como o nomeamento para outros postos.

4.2. Presuposto do TGDC

Para o desenvolvemento do conxunto de actividades realizadas, o TGDC dispuxo no ano 2009 dun orzamento de 897.934 euros, fronte aos 935.323 € de que dispuxera en 2008. O capítulo 1 (gastos de persoal) ascendeu a 470.745 €; o capítulo 2 (gastos en bens correntes e servizos), a 316.595 €; o capítulo IV (transferencias correntes), mantívose en 27.240 €, e o capítulo 6 (investimentos reais), ascendeu a 83.354 €. O TGDC executou o 78'3 % do orzamento total.

Este orzamento sufríu a correspondente reducción durante a súa execución, por mor das medidas de aforro implantadas para fazer fronte a crise económica pola Xunta de Galicia no 2009. O TGDC executou o 73'63% do orzamento total.

Táboa 2. Evolución do orzamento 2005–2009

ANO	Capítulo I	Capítulo II	Capítulo IV	Capítulo VI	TOTAL
2005	426.075	300.000	--	90.000	816.075
2006	437.077	336.000	30.000	90.000	893.077
2007	446.447	341.248	30.000	90.000	907.695
2008	464.850	348.673	30.000	91.800	935.323
2009	470.745	316.595	27.240	83.354	897.934

4.3. Reunións do Pleno do TGDC

Durante o ano 2009, o TGDC tivo 18 reunións de Pleno, nas que os seus membros trataron as cuestións relativas as súas competencias. As datas destas sesións foron as seguintes:

Número 87: 15 de xaneiro de 2009.
Número 88: 27 de xaneiro de 2009.

Número 89:	16 de febreiro de 2009.
Número 90:	3 de marzo de 2009.
Número 91:	23 de marzo de 2009.
Número 92:	28 de abril de 2009.
Número 93:	15 de maio de 2009.
Número 94:	19 de maio de 2009.
Número 95:	2 de xullo de 2009.
Número 96:	9 de xullo de 2009.
Número 97:	17 de xullo de 2009.
Número 98:	29 de xullo de 2009.
Número 99:	10 de setembro de 2009.
Número 100:	26 de outubro de 2009.
Número 101:	10 de novembro de 2009.
Número 102:	23 de novembro de 2009.
Número 103:	2 de decembro de 2009.
Número 104:	17 de decembro de 2009.

Táboa 3. Evolución do número de reunións do Pleno 2005–2009

ANO	Nº Plenos
2005	18
2006	21
2007	24
2008	20
2009	18

5. FUNCIÓN DO TGDC NUN CONTEXTO DE CRISE E OPORTUNIDADES

5.1. Funcións

As funcións do TGDC aparecen descritas no artigo 3 da Lei 6/2004, e compleméntanse coas que se recollen no artigo 1 do Decreto 20/2005, de 3 de febreiro, de desenvolvemento da Lei 6/2004. De acordo ao disposto en ámbalas dúas normas, as funcións do TGDC poden dividirse en tres grandes grupos:

- Función resolutoria e sancionadora.
- Función consultiva e de arbitraxe.
- Función de promoción e difusión dos méritos da competencia (*Advocacy*).

Asemade, e en virtude do disposto no parágrafo final do artigo 3.4 da Lei 6/2004, ao Tribunal correspónelle “asumir todas aquelas competencias que lle atribúa a lexislación aplicable en materia de defensa da competencia” que, no noso caso, é a Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia (LDC).

A Lei 15/2007 incorpora novas funcións aos órganos autonómicos de defensa da competencia, algunas xa recoñecidas na lei galega, como as relativas aos informes en materia de grandes establecementos comerciais ou ao arbitraxe. Aínda que moitas das novas funcións poden ser asumidas directamente polo TGDC, outras fan aconsellable a reforma da actual lexislación autonómica e mesmo do modelo institucional, no sentido de dispor dun esquema de autoridade única semellante ao da Administración xeral do Estado. Tal é o caso da facultade recollida no artigo 13.2 LDC, no que se establece que :

“2. Sen prexuízo das competencias da Comisión Nacional da Competencia, os órganos competentes das comunidades

autónomas están lexitimados para impugnar ante a xurisdición competente actos das administracións públicas autonómicas ou locais do seu territorio suxeitos ao dereito administrativo e disposicións xerais de rango inferior á lei dos cales deriven obstáculos ao mantemento dunha competencia efectiva nos mercados.”

A reforma da actual lexislación autonómica, e mesmo do modelo institucional, no sentido de dispor dun esquema de autoridade única semellante ao da Administración xeral do Estado, xa foi analizada na Xornada sobre as “Repercusións da nova Lei de defensa da competencia sobre os órganos de defensa da competencia das CCAA”, organizada polo TGDC no ano 2008. Nesta reunión, e tomando como base para o debate, o estudo titulado *“Repercusións legais, funcionais e organizativas da nova Lei de defensa da competencia sobre os órganos de defensa da competencia de Galicia, con especial referencia ao TGDC”*, elaborado polos membros do TGDC don Fernando Varela Carid (Coordinador), don Alfonso Vez Pazos (Vogal) e don José Antonio Rodríguez Míguez (Secretario xeral)⁹, identificáronse diversos aspectos que facían aconcellable a citada reforma, sobresaíndo os seguintes:

- a) A posta en marcha do sistema de clemencia.
- b) As novas competencias sobre impugnación de actos das Administracións Públicas e normas con rango inferior a lei, pola CNC e mais polos órganos autonómicos.
- c) As competencias que se derivan desa interpretación e reparto das mesmas entre órganos de instrución e de resolución.
- d) A actuación de oficio que se pretenda levar adiante polos órganos autonómicos de defensa da competencia.

⁹ Este estudo pódese consultar na web institucional do TGDC, na dirección: <http://www.tgdcompetencia.org/gl/informes.php>

- e) A realización de informes sobre as axudas públicas concedidas nos territorios respectivos das Comunidades Autónomas.

5.1.1 Función resolutoria e sancionadora

O TGDC ten como primeira función resolver os procedementos sancionadores que afecten ás condutas contrarias á competencia que se contemplan na LDC nos seus artigos 1, 2 e 3, sempre que teñan efectos soamente no ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia.

As condutas contrarias á competencia consideradas son: (a) acordos colusorios; (b) abuso de posición dominante; e (c) falseamento da libre competencia por actos desleais con afectación ao interese público.

5.1.2. Funcións consultivas e de arbitraxe

Segundo se recolle no punto 3 do artigo 3 da Lei 6/2004, de 12 de xullo, reguladora dos órganos de defensa da competencia da Comunidade Autónoma de Galicia, o TGDC ten as seguintes competencias consultivas, de emisión de informes e de arbitraxe:

- a. Emitir informe, preceptivamente, sobre os proxectos de lei polos que se modifique ou derroque, total ou parcialmente, ese texto legal, así como os proxectos de normas regulamentarias que o desenvolvan.
- b. Emitir informe nos procedementos de control das operacións de concentración económica regulados na Lei de defensa da competencia, cando así o solicite o Tribunal de Defensa da Competencia da Administración xeral do Estado.
- c. Enviar ao Tribunal de Defensa da Competencia da Administración xeral do Estado a información que este lle solicite no

marco do procedemento de control de concentracións regulado na Lei de defensa da competencia.

d. Solicitar comparecer como parte interesada nos procedementos de control das operacións de concentración económica regulados na Lei de defensa da competencia, cando o proxecto ou a operación afecte a empresas radicadas ou con establecementos abertos no territorio da Comunidade galega.

e. Emitir, por requirimento do Servizo de Defensa da Competencia da Administración xeral do Estado, o informe preceptivo, non vinculante, en relación con aquelas condutas que, afectando un ámbito supraautonómico ou ó conxunto do mercado español, incidan de forma significativa no territorio da Comunidade Autónoma de Galicia.

f. Emitir informe con carácter non vinculante sobre a apertura de grandes establecementos comerciais no ámbito territorial da Comunidade Autónoma de Galicia.

g. Realizar as funcións de arbitraxe, tanto de dereito coma de equidade, que lle encomenden as leis.

h. Elaborar informe, por pedimento do órgano xudicial competente, sobre eventuais indemnizacións de danos e perdas derivadas das condutas previstas nos artigos 1, 2 e 3 LDC, cando os procedementos que teñan por obxecto tales condutas prohibidas lle correspondan á Comunidade Autónoma de Galicia.

i. Emitir informe, con carácter facultativo e non vinculante, sobre os proxectos de concesión de axudas a empresas con cargo a recursos públicos, en relación cos seus efectos sobre as condicións de competencia, sen prexuízo das competencias que nesta materia lle corresponden ao Tribunal de Defensa da Competencia da Administración xeral do Estado e á Comisión Europea. Para estes efectos, o concepto de

axuda pública é o que define o artigo 19.2 da Lei de defensa da competencia.

É evidente, que algunha destas funcións deben reinteprtarse á luz da nova Lei 15/2007, do 3 de xullo, de Defensa da competencia.

5.1.3. Funcións de promoción e difusión na sociedade dos méritos da competencia

As funcións de promoción e difusión na sociedade dos méritos da competencia son, sen dúbida, das más importantes a realizar polas autoridades autonómicas de defensa da competencia. A súa efectividade a medio e longo prazo pode ser sensiblemente superior que a da tarefa sancionadora e represora.

O maior obstáculo para garantir niveis adecuados de competencia é a percepción por parte dos operadores económicos de que moitas das condutas ilegais non son tal, simplemente porque sempre se fixeron do mesmo xeito. Constitúe una tarefa esencial dos órganos de competencia, e polo tanto do TGDC, dar a coñecer á sociedade cáles son as condutas que non se poden realizar, porque son ilegais e prexudiciais para o mercado; e , ao mesmo tempo, aquelas outras que non existe obriga de soportar e poden ser denunciadas como contrarias á competencia.

Para potenciar a actividade do TGDC na promoción da competencia, xa o artigo 1 do Decreto 20/2005, do 3 de febreiro, de desenvolvemento da Lei 6/2004, do 12 de xullo, reguladora dos órganos de defensa da competencia da Comunidade Autónoma de Galicia¹⁰, elaborado coa propia participación do TGDC que mandara as súas observacións ao anteproxecto, incorpora a posibilidade de que o TGDC realice tres funcións de promoción.

¹⁰ DOG nº. 32, do 16 de febreiro de 2005, p. 2.639.

A primeira é a comunicación ao SGDC de todas aquelas actividades das que teña coñecemento que poidan dar lugar á instrución dun expediente por condutas incluídas no ámbito de aplicación da Lei 6/2004. Esta función está orientada a impulsar o labor de oficio do SGDC, ao darrle conta de posibles condutas anticompetitivas das que o TGDC poida ter noticia.

A segunda fai referencia á realización de estudos sectoriais dende a perspectiva da competencia. A promoción destes estudos, dos que o TGDC ten realizado dende a súa creación máis de trinta, permite coñecer o funcionamento dos diferentes mercados, así como examinar as estruturas dos mesmos e a conduta dos operadores, sempre co obxectivo de contribuír á mellora da competencia efectiva nos memes. Estes estudos, ademais, permiten dar a coñecer la propia existencia dos órganos galegos de competencia e aumentar a súa visibilidade social.

Terceira, a difusión na sociedade dos beneficios que comporta a libre competencia. Esta función impón en certa medida ao TGDC unha actividade proactiva orientada a transmitir aos operadores económicos e á sociedade en xeral a importancia real de dispor de mercados competitivos, especialmente en tempos de crise e destrucción de emprego, onde a innovación e a creación de novas empresas resultan indispensables para a recuperación económica.

En definitiva, estas tres funcións contribúen dun xeito positivo a trasladar á sociedade e aos operadores económicos a razón de seu da protección da competencia e a importancia de dispor de organos especializados neste ámbito. A estas tres funcións recoñecidas pola normativa galega hai que engadir unha más e fundamental. Trátase da realización de informes, dende a perspectiva da competencia, dos proxectos normativos. Dada a importancia das normas na consecución de mercados nos que exista unha competencia efectiva, a existencia dun órgano especializado na área da defensa da competencia debería ser utilizado pola Administración para evitar o risco de aprobar normas que

infrinxan tal normativa, ao tempo que elo suporía un aproveitamento más eficiente dos recursos humanos especializados de que se dispón.

Non ver na función sancionadora a única misión dos órganos autonómicos de defensa da competencia, senón asumir, xunto a ela, a importancia da promoción dos valores da competencia, para que arraiguen na sociedade, e dun xeito especial na Administración Pública, supón unha visión moito máis rica e efectiva para contribuir á mellora da productividade e da competitividade da economía galega.

5.2. A evolución dos efectos da crise: Da crise empresarial á crise dos Estados.

A Política de Defensa da Competencia en tempos de crise xera debate. Para algúns non se debería aplicar ou, alomenos, facelo dunha maneira moi limitada. Porén, esta consideración parte da errónea idea de que tal política non é necesaria, e mesmo resulta un atranco, para saír dunha difícil situación económica, como a que dende 2008 estase a vivir en todo o mundo. Nada más lonxe da realidade, pois é precisamente en tempos de dificultade cando a protección da competencia convértese nun baluarte da defensa da liberdade económica e nun estímulo para superar a crise: un “factor clave”, como o define o propio presidente da Comisión Nacional da Competencia (CNC) Luis Berenguer, nun artigo adicado precisamente a trasladar á sociedade esta idea, que algúns, dun xeito interesado, tratan de obviar, para manter, como destaca o propio Berenguer, un “status quo” que lles beneficia.

O certo é que os indicadores económicos amosan claramente que a nosa economía, probablemente de maneira más evidente que outras, atravesa unhas dificultades financeiras e de liquidez que diminúen a vitalidade das empresas e, en ultimo termino, xeran desemprego, co que, nun círculo vicioso, o que reduce o consumo e agrava a situación.

Neste contexto os diferentes Estados acudiron a diversos instrumentos de política económica, como as axudas de Estado a sectores específicos, como o financeiro, atendendo non só ao seu peso, senón sobre

todo ao papel que desenvolven na actividade económica. Agora ben, como xa dixo a anterior comisaria europea da competencia, as axudas son só parte da solución. Esta afirmación supón que son precisas outras medidas, dirixidas tanto as causas da crise como aos seus efectos. No que atende ás Autoridades da competencia, iso supón actuar para evitar situacíons de concertación ou de abuso, que fagan máis grave a crise e dilaten a súa solución. Ademais, as axudas públicas, dado o seu custo para os contribuíntes, non deberían financiar condutas ineficientes, senón só proxectos ou actividades empresariais viables a medio ou longo prazo.

5.2.1.- As axudas para remediar unha grave perturbación da economía dun Estado membro

A Comisión Europea asumió liderar as medidas anticrise e evitar que cada un dos Estados membros actuara por se mesmo, o que violaría as regras sobre axudas estatais dos artigos 87 a 89 CE (hoxe artigos 107 a 108 TFUE¹¹). Esta actuación, aplicada moi poucas veces, concéde á Comisión Europea maior flexibilidade e marxe de apreciación para autorizar un plan de axuda. Precisamente esta foi a base legal para autorizar, en moitos casos con importantes condicións, plans de axuda e axudas individuais non só a entidades financeiras, senón tamén ao que se coñece como “Economía Real”, a través do chamado “Marco temporal”, recollido na Comunicación da Comisión — Marco temporal aplicable ás medidas de axuda estatal para facilitar o acceso ao financiamento no actual contexto de crise económica e financeira¹².

5.2.2.- Da crise das empresas a crise dos Estados.

O grande esforzo financeiro realizado polos Estados membros para reducir os efectos da crise no seu tecido industrial supuxo que os propios Estados membro viran incrementados os seus custos de financiamento, ao

¹¹ Tratado de Funcionamento da Unión Europea (TFUE) é a versión consolidada do Tratado Constitutivo da Comunidade Europea trala entrada en vigor do Tratado de Lisboa (2007). Está publicada, xunto con outras versións consolidadas dos Tratados no Diario Oficial da Unión Europea (DO), serie C, nº 115/do 9.5.2008, p. 47

¹² DO C 83, do 07.04.2009 p. 1. O texto foi posteriormente corrixido e modificado, estándose a valorar a súa prorroga.

aumentar a taxa de risco-país como consecuencia da diminución da calificación da súa solvencia como deudores realizada polas axencias de rating. Aínda que o caso máis extremo é o de Grecia, outros Estados membro viron crecer o interese para captar fondos nos mercados.

6. PRINCIPIOS GUÍA DO TGDC

Unha das primeiras tarefas que asumiu o TGDC como prioritaria desde o momento mesmo da súa creación foi a de identificar e poñer por escrito os seus principios guía. Estes principios trasladan á sociedade o compromiso dos seus membros coa importante tarefa encomendada.

Por esta razón, dende a constitución do TGDC, os seus membros comparten e asumen un conxunto de principios guía, que invariablemente veñen orientando a súa actividade. A experiencia do TGDC nestes anos de actividade reafirma a importancia de establecer uns principios retores e asumilos por parte de todos os membros da organización para afianzar o seu cumprimento. Estos principios-guía son os seguintes:

- a. Actuación independente.
- b. Excelencia profesional.
- c. Transparencia.
- d. Respecto dos principios éticos que deben guiar a actuación dos servidores públicos.
- e. Atención ao público coa máxima cortesía e rapidez.
- f. Traballo en equipo.
- g. Cooperación con outros organismos da Administración.

Como se pode ver estes principios son ou poden ser comúns a moitas organizacións, especialmente no sector público, que teñen como

misión principal a defensa do interese xeral¹³. Para o TGDC estes principios guía supoñen un compromiso coa sociedade galega, assumido coa meta de contribuir á mellora do benestar dos seus cidadáns.

No punto relativo á transparencia débense salientar, como xa se indicou nas anteriores memorias, as particularidades do TGDC, que ten o deber de garantir a confidencialidade da información contida nos expedientes. Neste sentido o artigo 21 da Lei 6/2004, de 12 de xullo, sinala que todas as persoas que tomen parte na tramitación dos expedientes previstos nesa lei están obrigadas a gardaren segredo. Este aspecto singular do TGDC debe ser subliñado dun xeito especial.

¹³ O Artigo 103.1 da Constitución Española de 1978 establece que “A Administración Pública sirve con obxectividade os intereses xerais e actúa de acordo cos principios de eficacia, xerarquía, descentralización, desconcentración e coordinación, con sometemento pleno á Lei e ao Dereito”.

7. OBXECTIVOS E ACTIVIDADES DESENVOLVIDAS POLO TGDC NO ANO 2009

Para o ano 2009 o TGDC fixara como obxectivos da institución os seguintes:

- a. Resolver dun xeito adecuado e rápido os expedientes relativos a condutas anticompetitivas que teñan entrada no Tribunal.
- b. Realizar puntualmente os informes e funcións consultivas que lle corresponden ou lle sexan solicitados.
- c. Elaborar en tempo a memoria anual e o informe sobre a situación da competencia en Galicia, e remitilos ao Parlamento.
- d. Estimular a actuación de oficio do SGDC, en base á idea de que algunas das prácticas ilícitas que ocorren nos mercados non son denunciadas.
- f. Afondar no coñecemento dos mercados galegos dende a perspectiva da competencia, realizando un mínimo de cinco estudos e avaliacións.
- g. Promover o coñecemento dos axentes económicos, e da cidadanía en xeral, dos beneficios da libre competencia mantendo actualizada a súa páxina web e realizando un *mail* informativo e detallado sobre as características dos actos de competencia desleal como ilícito no ámbito da defensa da competencia.
- h. Manter e mesmo fortalecer as relacións institucionais do TGDC tanto no ámbito galego como en outras áreas que podan ter repercusión sobre a actividade do Tribunal, en especial cos órganos da Administración xeral do Estado e cos demais tribunais autonómicos.

As actividades do TGDC no ano 2009 estiveron orientadas a acadar o cumprimento destes obxectivos. No desenvolvemento das mesmas o TGDC asumiou, cando lle foi posible, unha actitude proactiva.

7.1. Resolución de expedientes

O primeiro obxectivo do TGDC para o 2009 era o de dar resolución axeitada e rápida aos expedientes relativos a condutas dos operadores económicos que tiveran entrada no Tribunal.

O actual modelo de dúas autoridades -Tribunal e Servizo- que establece a vixente Lei 6/2004, do 12 de xullo, encomenda a instrución dos expedientes ao SGDC e a resolución ao TGDC. Este reparto de funcións implica que, necesariamente, só cheguen ao TGDC os expedientes tras ser instruídos polo Servizo. O SGDC pode propoñer ao TGDC o arquivo do expediente, que debe ser confirmado, no seu caso polo mesmo, ou acordar a incoación do correspondente expediente sancionador que, unha vez intruido, se elevará, coa correspondente proposta ao Tribunal para que dicte resolución.

A falta de capacidade para instar investigacións de oficio fai que o TGDC non poda asumir un papel proactivo na defensa da competencia, circunstancia que sí acontece nos órganos de estructura única, no que é posible impulsar o labor de investigación do órgano chamado a instruir, mesmo a través de investigacións dos sectores nos que exista sospeita de condutas contrarias á competencia.

No ano 2009 no SGDC tiveron entrada 12 expedientes, número que supón unha redución significativa respecto do ano 2008 (23 expedientes), e unha volta a cifras semellantes ás correspondentes aos anos 2007 e 2006. Debe salientarse que algúns deles foron remitidos ao SGDC pola *Comisión Nacional de la Competencia* ou polo propio TGDC.

Ao abeiro da Lei 1/2002, do 13 de febreiro, de Coordinación das competencias entre o Estados e as Comunidades Autónomas en materia de competencia, con carácter previo ao exame en profundidade dos casos cómpre dilucidar cál e o órgano competente, se o autonómico, no noso caso o SGDC, ou o central, a Dirección de Investigación da CNC. Consecuentemente, prodúcese un trámite de asignación de casos en función de que os efectos da conduta examinada se circunscriban ao ámbito autonómico, ou afecten a todo o Estado ou a máis dunha Comunidade Autónoma.

Táboa 4. Expedientes instruídos polo SGDC.

	2005	2006	2007	2008	2009
Denuncias e oficio	2	11	11	23	12
Autorizacións singulares de rexistros de morosos	0	8	— a	— a	— a
Autorizacións singulares non de rexistros de morosos	0	1	— b	— b	— b

^a Dende 2006 réxense pola súa propia exención de categorías en virtude do Real Decreto 602/2006, do 19 de maio, polo que se aproba o Regulamento de exención de determinadas categorías de acordos de intercambio de información sobre morosidade.

^b A nova LDC eliminou a necesidade de solicitar autorizacións singulares.

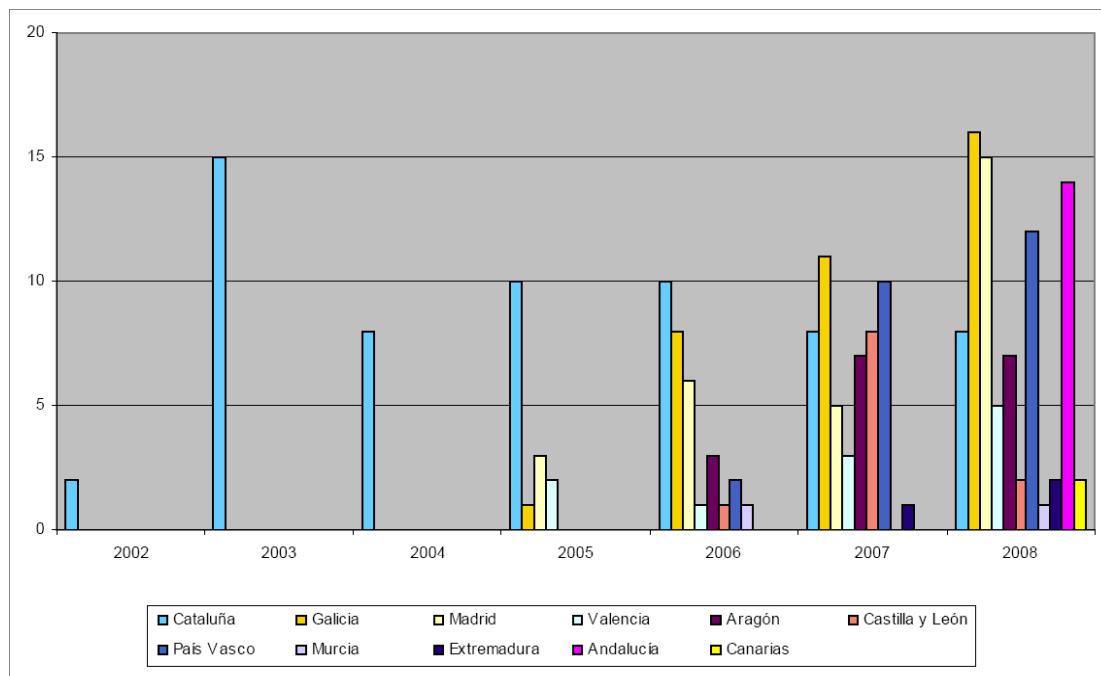
Resulta de interese amosar a evolución dos expedientes resultantes da aplicación dos mecanismos de asignación, materia sobre a que reflexionou un Grupo de Traballo formado no seo do *Consejo de la Competencia*, coa participación do SGDC. No Gráfico 1 e mais nas Táboas 5, 6 e 7 amósase esa información, proporcionada pola CNC no documento titulado “*Aplicación de los mecanismos de asignación de expedientes AGE/CCAA y novedades*”.

Como se pode observar, Galicia é a segunda Comunidade en número de expedientes se se considera todo o período abarcado na análise 2002–2008, sendo superada únicamente por Cataluña. Ao longo do período, o número de casos tivo un medre continuo dende o primeiro ano de funcionamento das autoridades galegas.

Táboa 5. Aplicación dos mecanismos de asignación aos expedientes en aplicación da Lei 1/2002 por Comunidades Autónomas durante os anos 2002 a 2008

	Cataluña	Galicia	Madrid	Valencia	Aragón	Castilla y León	País Vasco	Murcia	Extremadura	Andalucía	Canarias
2002	2										
2003	15										
2004	8										
2005	10	1	3	2							
2006	10	8	6	1	3	1	2	1			
2007	8	11	5	3	7	8	10	0	1		
2008	8	16	15	5	7	2	12	1	2	14	2
TOTAL	61	36	29	11	17	11	24	2	3	14	2

Gráfico 1. Desglose de expedientes por Comunidades Autónomas



Se se toma só o último ano -2009-, Galicia pasa a ocupar a primeira posición, con 16 expedientes asignados, por diante das Comunidades más industrializadas, como Madrid (15), Cataluña (8) ou o

País Vasco (12), e das Comunidades más extensas, como Andalucía (14). Debe sinalarse que ao final do 2008, o número de expedientes que tiveron entrada foi de 23.

Táboa 6. Número de casos por CC. AA. Autoridade que os presentou e autoridade asignada. Ano 2008.

CCAA	Nº CASOS	AUTORIDAD PRESENTACION		AUTORIDAD ASIGNADA		
	TOTALES	CCAA	AGE	CCAA	AGE	PENDIENTE
ANDALUCIA	14	8	6	13	1	0
ARAGON	7	5	2	5	2	0
CANARIAS	2	0	2	2	0	0
CASTILLA Y LEON	2	0	2	2	0	0
CATALUÑA	8	5	3	7	1	0
EXTREMADURA	2	1	1	2	0	0
GALICIA	16	11	5	13	2	1
MADRID	15	7	8	14	1	0
MURCIA	1	1	0	1	0	0
PAIS VASCO	12	11	1	11	1	0
VALENCIA	5	0	5	5	0	0
TOTALES	84	49	35	75	8	1

Os datos proporcionados pola CNC tamén indican que a meirande parte dos expedientes galegos foron presentados polo propio SGDC (11) e que a meirande parte deles foron asignados á autoridade galega (13).

Por outra banda, os datos amosan, asemade, que a meirande parte dos expedientes galegos foron consecuencia dunha denuncia, xa que unicamente 2 se xeraron de oficio. Este valor afasta a Galicia do grupo de comunidades más activas nesta liña de actuación, como Madrid (10) e Andalucía (9).

Táboa 7. Número de casos por Comunidade Autónoma. Expedientes de Oficio. Ano 2008.

Tabla 3. Número de casos por CCAA. Expedientes de Oficio por CCAA. Año 2008.		
CCAA	Nº CASOS	Expedientes de Oficio
	TOTALES	
ANDALUCIA	14	9
ARAGON	7	2
CANARIAS	2	0
CASTILLA Y LEON	2	3
CATALUÑA	8	1
EXTREMADURA	2	1
GALICIA	16	2
MADRID	15	10
MURCIA	1	0
PAIS VASCO	12	5
VALENCIA	5	1

A Táboa 8 recolle a evolución do número das resolucións do TGDC correspondentes a Galicia. Como se pode observar, o número de resolucións mantense en relación ás concluídas no ano anterior.

Táboa 8. Resolucións dos Tribunais de defensa da competencia con impacto específico en Galicia.

	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Sancionadoras	2	1	1	2	2	2	2
Recursos sobre actos do SGDC (ou do SDC)	1	4	1	4	5	1	1
Resolucións de arquivo/non arquivo	--	--	--	--	--	12	10

Para a resolución dos expedientes, a Lei galega non contempla regras de procedemento, polo que son de aplicación as recollidas na lexislación estatal. Dado o cambio acontecido na normativa estatal, cómpre atender, en primeiro lugar, ao dereito transitorio, para

determinar que norma resulta aplicable a cada un dos expedientes: a Lei 16/1989 ou a nova Lei 15/2007.

A Disposición transitoria primeira da Lei 15/2007, establece as seguintes regras:

- "1. Os procedementos sancionadores en materia de conductas prohibidas incoados antes da entrada en vigor desta lei tramitaranse e resolveranse segundo as disposicións vixentes no momento do seu inicio. En todo caso entenderanse caducadas as solicitudes presentadas en aplicación do artigo 4 da Lei 16/1989, do 17 de xullo, de defensa da competencia.*
- 2. Os procedementos de control de concentracións iniciados antes da entrada en vigor desta lei tramitaranse e resolveranse segundo as disposicións vixentes no momento do seu inicio.*
- 3. Na tramitación dos procedementos indicados nos puntos anteriores, as referencias ao Tribunal de Defensa da Competencia e ao Servizo de Defensa da Competencia entenderanse realizadas, respectivamente, ao Consello da Comisión Nacional da Competencia e á Dirección de Investigación."*

7.1.1. Expedientes resoltos ao abeiro da Lei 16/1989, do 17 de xullo, de defensa da competencia.

Conforme á Disposición transitoria primeira, apartado 1, da Lei 15/2007, de 3 de xullo, de Defensa da Competencia, os procedementos sancionadores en materia de conductas prohibidas incoados antes da entrada en vigor desta Lei se tramitarán e resolverán con arreglo ás disposicións vixentes no momento do seu inicio.

Durante o ano 2009, o TGDC dictou prácticamente todas as súas resolucións xa ao abeiro da nova Lei 15/2007, do 3 de xullo, de Defensa da Competencia polo que, como se ten dito, pode considerarse xa concluída a vixencia transitoria da Lei 16/1989, do 17 de xullo.

Non obstante, no ano 2009 o TGDC resolveu un recurso ao abeiro da citada Lei 16/1989, do 17 de xullo; concretamente o R 7/2008, “Transporte Fluvial de Lugo”. Neste expediente analizábase o recurso interposto por unha empresa de transporte fluvial en Lugo contra a Deputación de Lugo que desenvolvía a mesma actividade empresarial, en competencia coa recorrente, contra o arquivo da súa denuncia adoptado polo SGDC que, naquelhas datas, e segundo á Lei 16/1989, do 17 de xullo, era recurrible ante o TGDC. O Pleno do TGDC desestimou o recurso, ditando a Resolución do 2 de febreiro de 2009, que confirmababa, polo tanto, o arquito previo do SGDC ao non apreciar indicios de vulneración da normas de competencia¹⁴.

Esta Resolución atópase recorrida perante o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia.

7.1.2. Expedientes resoltos ao abeiro da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia.

Coa aludida excepción do recurso tramitado ao abeiro da Lei 16/1989, do 17 de xullo, durante o ano 2009 o TGDC dictou prácticamente todas as súas resolucións ao abeiro da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de Defensa da Competencia, polo que, como se ten dito, pode considerarse xa concluída a vixencia transitoria da anterior Lei 16/1989, do 17 de xullo.

A. Expedientes sancionadores

No 2009, e trala correspondente instrución polo SGDC, o TGDC ditou dúas resolucións en expedientes sancionadores. Concretamente:

¹⁴ A versión completa desta Resolución pode consultarse na web do TGDC na dirección <http://www.tgdcompetencia.org/gl/expedientes.php> (versión en galego) ou na dirección <http://www.tgdcompetencia.org/es/expedientes.php> (versión en castelán).

- S 4/2008: Fabricantes de pan de Galicia. Resolución de data 3 de novembro de 2009.

Con data 3 de novembro de 2009 o TGDC resolveu o expediente sancionador nº S 4/2008: Fabricantes de pan de Galicia, que foi iniciado de oficio en virtude da comunicación recibida dende a Comisión Nacional da Competencia (Dirección de Investigación), de data 2 de abril de 2008. Este expediente xurde das declaracíons de responsables da Federación Gallega de Asociaciones Provinciales de Fabricantes de Pan (FEGAPAN), recollidas en distintos medios de comunicación no mes de agosto de 2007, nas que se facía referencia á inminentes incrementos dos prezos do pan en Galicia a causa do encarecemento das materias primas. Segundo a Dirección de Investigación da CNC, esta conduta podería constituír unha recomendación colectiva de subir os prezos, emanada dunha asociación de empresas, prohibida pola normativa de defensa da Competencia,

O Pleno do TGDC acordou declarar acreditada a existencia dunha recomendación colectiva de fixación do prezo do pan, prohibida polo artigo 1.1 da Lei 16/1989, de Defensa da Competencia, da que é responsable a Federación Gallega de Asociaciones Provinciales de Fabricantes de Pan (FEGAPAN), intimándola a que se abstivera no futuro da realización deste tipo de prácticas. Como autora da práctica restritiva declarada avaliada, o TGDC impúsolle unha sanción de multa de TRINTA E UN MIL SETECENTOS CINCUENTA Euros (31.750 euros)¹⁵.

A Resolución do TGDC está en liña coa que ditou a CNC no Expediente S/0046/08, PAN DE ASTURIAS, resolto polo seu Consello, con data 24 de setembro de 2009, por non ter asumido o Principado de Asturias as competencias reslutorias.

¹⁵ A versión completa desta Resolución pode consultarse na web do TGDC na dirección <http://www.tgdcompetencia.org/gl/expedientes.php> (versión en galego) ou na dirección <http://www.tgdcompetencia.org/es/expedientes.php> (versión en castelán).

A CNC acordou declarar que no referido expediente se tiña acreditada a existencia dunha recomendación colectiva de fixación de prezos do pan, prohibida polo artigo 1.1 da Lei 16/1989, de Defensa da Competencia, da que era autora a ASOCIACIÓN DE FABRICANTES DE PAN DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS (CEOPAN Asturias). A sanción imposta neste caso foi unha multa de VINTEDOUS MIL CINCOCENTOS EUROS (22.500 €).

- S 5/2008. Confraría de Pescadores da Illa de Arousa. Resolución do TGDC do 5 de agosto de 2009. Aprecia infracción pero non impón sanción.

Neste expediente analizábase a denuncia formulada pola secretaria xeral da Asociación Galega de Mariscadores/as (en diante Agamar) contra a Confraría de Pescadores “San Julián” da Illa de Arousa (en diante Confraría), por presuntas prácticas restritivas da competencia, consistentes na imposición dunha cota de 900€ anuais aos mariscadores a flote, deducible nos descontos das vendas na lonxa da Illa, aínda que non comercialicen o produto na citada lonxa, o que considera podería infrinxir a Lei 15/2007, do 3 de xullo, de Defensa da Competencia (en diante LDC ou Lei 15/2007).

O Pleno, na súa Resolución do 5 de agosto de 2009, acordou declarar que non se deben aplicar os artigos 1 a 3 da Lei 15/2007 á denuncia realizada dada a escasa importancia da mesma, que non ten capacidade para afectar de maneira significativa á competencia.

Malia o escaso efecto sobre a competencia do acordo avaliado, a identificación dunha práctica inadecuada no sistema levou ao TGDC a instar, para acadar deste xeito unha mellora competitiva, a eliminación da *“cota resultante do mesmo xa que o seu deseño actual non resulta axeitado para acadar os fins que a xustifican, que se vinculan co aproveitamento racional e controlado dos recursos marisqueiros.”*

B. Resolución sobre propostas de non iniciar expediente dirixidas polo SGDC.

Como xa se ten sinalado na Memoria do 2008, a consolidación do procedemento establecido na nova LDC supuxo un incremento notable do número de expedientes e resolucións ditadas polo TGDC, que pasou de 3 en 2007, dende o 1 de setembro de 2007, a 12 no 2008 e 10 no 2009.

- RA 15/2008 (“Hostalaría de Santiago de Compostela”). Resolución de non admisión da proposta de arquivo, de data 16 de xaneiro de 2009.

Neste expediente o TGDC examinou a Proposta de non incoar expediente sancionador, con arquivo das actuacións formulada polo SGDC, relativo á denuncia presentada por a Asociación, en nome e representación da Asociación de Hostelería Nocturna de Compostela, contra diversos establecementos hoteleiros e de restauración de Santiago de Compostela.

Na súa resolución, do 16 de xaneiro de 2009, o Pleno acordou non admitir a proposta do SGDC de non incoar expediente sancionador polas conductas denunciadas, instando ao SGDC a realización de determinadas actuacións destinadas a esclarecer os termos da denuncia.

- RA 16/2008 (“Grúas de Galicia”). Resolución de admisión do arquivo, de data 16 de xaneiro de 2009.

O expediente denominado “Grúas de Galicia” ten a súa orixe no escrito remitido ao SGDC pola Dirección de Investigación da Comisión Nacional de la Competencia no que lle informaba da realización dunha inspección efectuada na sede da Agrupación Empresarial Nacional de Alquiladores de Grúas de Servicio Público (ANAGRUAL), a partir da cal podería deducirse a realización de presuntas prácticas contrarias á

competencia por parte de distintas asociacións integradas en ANAGRUAL, entre as que se encontraría a asociación galega.

O SGDC elevou a súa proposta de non iniciar expediente sancionador, que foi confirmada polo Pleno do TGDC, ao non se apreciar indicios de infracción das normas de competencia.

- RA 17/2008 (“Cursos de inglés do Concello de Ferrol”). Resolución confirmando o arquivo do 20 de febreiro de 2009.

O Expediente RA 17/2008 ten a súa orixe en dúas denuncias presentadas contra o Concello de Ferrol, por presuntas prácticas restritivas da competencia (Exp. 18/2008, do SGDC), en relación co feito de que dito concello, a través da súa Concellería de Educación, puxera en marcha un curso para favorecer a aprendizaxe da lingua inglesa, dirixido especificamente a escolares, a través de clases de conversa gratuítas que imparten profesores nativos.

O TGDC confirmou a proposta de arquivo formulada polo SGDC, ao non considerar a existencia de indicios racionais de conducta prohibida pola LDC. Agora ben, na súa Resolución, o Pleno do TGDC conderou conveniente sinalar o seguinte:

[...] co máximo respecto á autonomía municipal, este Tribunal desexa subliñar, en relación á actuación das Administracións Locais en ámbitos nos que está presente a iniciativa privada, a conveniencia de que tales administracións consideren os efectos das súas condutas na competencia efectiva nos mercados, pois se ben é certo que deben protexer os intereses públicos nos seus ámbitos de actuación, tamén o é que deben contribuír a protexer o ben público da existencia dunha competencia efectiva nos mercados.”

Neste sentido, o TGDC non pode senón estar de acordo coa apreciación do antigo Tribunal de Defensa da Competencia cando sinala:

“[...]a deseabilidade de que las Administraciones Locales cumplan cuanto está legalmente dispuesto sobre la motivación de sus intervenciones en el mercado (oportunidad y conveniencia) y sobre la fijación de precios públicos”.

- RA 18/2008 (“Autoescolas de Pontevedra 2”). Resolución confirmado o arquivo do 20 de febreiro de 2009.

O caso sometido á consideración do TGDC, identificado como RA 18/2008, corresponde ao Expediente 4/2008, do SGDC.

A súa orixe atópase na Resolución do 27 de decembro de 2007, no expediente S 1/2007, “Autoescolas de Vigo”, na que o Pleno do Tribunal acordara instar ao SGDC a que iniciara unha investigación sobre a posible existencia de prácticas concertadas polas autoescolas da mesma provincia que realizan os seus exames na cidade de Pontevedra.

O SGDC realizou unha investigación reservada que lle levou a propor ao TGDC a non incoación de expediente sancionador con arquivo de actuacións, que foi rexeitado por Resolución do TGDC do 31 de xullo de 2008 (RA 10/2008. Autoescolas de Pontevedra)¹⁶.

Tras practicar novas dilixencias, o SGDC elevou unha nova proposta de arquivo ao TGDC que foi resolta polo Pleno o 20 de febreiro de 2009, considerando que efectivamente non se podían apreciar indicios de prácticas contrarias á competencia, polo que confirmou a proposta do SGDC.

- RA 19/2009 (“Hidroeléctrica de Río Couso”). Resolución do 4 de febreiro de 2009, confirmando a proposta de arquivo.

O expediente denominado polo TGDC “Hidroeléctrica de Río Couso” ten como obxecto a proposta de non incoar expediente sancionador, co correspondente arquivo de actuacións, proposto polo

¹⁶ Sobre esta resolución, besase *Memoria de Actividades do TGDC 2008*.

SGDC da denuncia presentada polo presidente de AEMS-RIOS CON VIDA, na Comisión Nacional de la Competencia (CNC). Nela denunciábase un suposto reparto do mercado de concesións hidroeléctricas no río Couso, ao seu paso polo termo municipal de Avión, na provincia de Ourense, pertencente ao ámbito da Confederación Hidrográfica do Miño-Sil.

O Pleno do TGDC acordou confirmar a proposta do SGDC de non incoar expediente sancionador e proceder ao arquivo das actuacións, ao non apreciar indicios de conduta contraria a competencia.

- RA 20/2009 (“Formación da Coruña”). Resolución do 16 de marzo de 2009, desestimando a proposta de arquivo.

O Expediente RA 20/2009 tivo a súa orixe na proposta de arquivo efectuada polo SGDC, en data 14 de xaneiro de 2009 (Expediente 22/2008, do SGDC), en virtude de denuncia, contra Forem Galicia, Forga e UXT Galicia, por presuntas prácticas contrarias á competencia.

O Pleno acordou non aceptar a proposta do Servizo Galego de Defensa da Competencia de non incoar expediente sancionador, instándoo a dar traslado da denuncia aos presuntos infractores para que poideran realizar as alegacións que consideraran oportunas sobre o contido da denuncia.

- RA 21/2009 (“Distribución de gas butano de Ourense”). Resolución do 15 de maio de 2009 confirmado a proposta de arquivo.

O caso “Distribución de gas butano de Ourense” tivo o seu inicio na denuncia presentada contra as entidades mercantís “Empresas Reunidas, S.A.” e Burgas Distribución, S.A.”, distribuidoras de gas butano de Repsol, por un suposto reparto do mercado xeográfico no Concello de Ourense que, no seu caso, constituiría unha práctica contraria á competencia, dada a natureza de axentes dos operadores denunciados.

Mediante Resolución de data 15 de maio de 2009, o Pleno resolveu, á vista da documentación aportada polo SGDC, aceptar a súa proposta de non incoar expediente sancionador, ao non se apreciar indicios racionais da mesma.

- RA 22/2009 (“Leite de Galicia”). Resolto do 14 de xullo de 2009, admitindo a proposta de arquivo do SGDC.

Esta Resolución facía referencia á denuncia remitida ao TGDC polo Pleno do Concello de Laracha, celebrado o 26 de novembro de 2008, que tomou a decisión de “instar ao Tribunal da Competencia a actuar de oficio contra as prácticas monopolistas das industrias produtoras de pensos, e as prácticas de dumping utilizadas polas industrias e a distribución”.

O Tribunal remitiu a denuncia ao SGDC que, unha vez realizadas as actuacións correspondentes, elevou ao TGD a súa proposta de non incoar expediente sancionador co correspondente arquivo de actuacións. O TGDC resolveu desestimar a proposta de arquivo do Servizo Galego de Defensa da Competencia. No relativo ás supostas prácticas monopolistas das industrias produtoras de pensos, o Tribunal insta ao Servizo a efectuar as investigacións necesarias para o completo esclarecemento da situación sobre se existen, ou non, indicios de infracción das normas de competencia no mercado de suministro de alimentos ao gando vacún para a produción de leite na Comunidade Autónoma de Galicia.

Ademais, o Tribunal sinala que o Servizo debe realizar unha investigación o máis completa posible sobre as hipotéticas prácticas de dumping utilizadas polas industrias e a distribución do sector do leite e, especialmente, avaliar se as empresas de distribución retallista están vendendo a perda o leite con fins anticompetitivos, de modo que podan estar incorrendo nunha violación da Lei de Defensa da Competencia.

- RA 23/2009 (“Aluguer de solo en parques eólicos 2”). Resolución do 17 de xullo de 2008, admitindo a proposta de arquivo.

O expediente RA 23/2009, denominado “Aluguer de solo en parques eólicos 2” ten a súa orixe na nova de prensa que o TGDC remitira ao SGDC, referente a unhas supostas prácticas anticompetitivas entre as empresas produtoras de enerxía eólica en relación cos alugueiros que ditas empresas pagaban aos propietarios dos terreos nos que se instalarían parques eólicos.

O TGDC non admitiu unha primeira proposta de arquivo formulada polo SGDC, na súa Resolución do 10 de xullo de 2008 (Expediente RA 9/2008. “Aluguer de solo en parques eólicos”), instando ao SGDC a afondar na investigación. Tras completala investigación preliminar, o SGDC elevou ao Pleno unha nova proposta de non incoar expediente sancionador, con arquivo das actuacións, que foi confirmada polo Pleno.

- RA 25/2009 (“Formación da Coruña 2”). Resolución de arquivo do 30 de decembro de 2009.

Este expediente trae causa da Resolución do 16 de marzo de 2009, recaída no Expte. RA 20/2009 (“Formación da Coruña”), sobre o que o Pleno considerou necesario ampliar a investigación para poder valorar axeitadamente a existencia de indicios de conducta restrictiva da competencia.

O Pleno do TGDC confirmou a proposta de arquivo presentada polo SGDC en relación ao Expediente 22/2008, do Servizo Galego de Defensa da Competencia (RA 25/2009, “Formación da Coruña 2”, do TGDC), que tivera a súa orixe na denuncia que fora presentada ante o SGDC contra Forem Galicia, Forga e UXT Galicia, por presuntas prácticas contrarias á competencia, relativa a adxudicación de fondos comunitarios para realizar cursos de formación laboral con diversas

autoescolas da Coruña. Tralo afondamento da investigación preliminar, o Pleno aceptou a proposta de arquivo do SGDC.

Nesta Resolución, malia o acordo de aceptar a proposta de arquivo formulada polo SGDC, o Pleno considerou oportuno salientar que:

“Así mesmo, a libre competencia no mercado podería verse gravemente comprometida se a contratación do servizo demandado recaera de modo sistemático sobre unha ou varias autoescolas, de xeito que permitira o desenvolvemento dunha conduta agresiva por parte desas autoescolas contratadas e, por tanto, desleal con outros competidores no mercado libre de permisos de conducción –aquel que non está vencellado aos cursos de formación financiados con axudas públicas– grazas á dispor dunha base de negocio particularmente favorable con calquera das institucións denunciadas.”

Así mesmo, no FX 12º, segundo parágrafo, sinala que:

“Neste sentido, o Tribunal considera que os axentes económicos que representan intereses colectivos destacados deben xogar un papel de liderado, amparando e promovendo os valores da competencia en todas as súas actuacións relacionadas co mercado. Así, as tres institucións denunciadas neste caso [sindicatos], se ben non se observa que incorreran nun ilícito da LDC, teñen unha especial responsabilidade social e, en consecuencia, deben aplicar do xeito máis eficaz e claro posible o disposto no artigo 8.3.a da Lei 38/2003, do 17 de novembro, Xeral de Subvencións, e no artigo 5.2.a da Lei 9/2007, do 13 de xuño, de Subvencións de Galicia, antes mencionadas, respecto a que a xestión das subvencións que se perciban se realizará de acordo cos principios de publicidade, transparencia, concorrencia, obxectividade, igualdade e non discriminación. Eses principios, que sempre deben respectarse, resultan especialmente relevantes cando se efectúa a contratación de obras ou servizos por conta de terceiros e cando, coma neste caso, se usan fondos públicos, cuxa correcta administración contribúe a acadar un maior benestar e desenvolvemento económico e social.”

7.2. Realización de informes e funcións consultivas

O segundo dos obxectivos fixados polo TGDC para 2009 tiña que ver co cumprimento das funcións que lle foron asignadas en materia consultiva e de emisión de informes.

Nesta materia o TGDC ten facultades moi limitadas e só pode actuar de xeito reactivo, e non proactivo; é dicir, o TGDC emite os informes ou exerce a súa función consultiva como órgano especializado na materia da competencia, cando así lle é riquirido, sendo a petición facultativa. Consequentemente, a amplitude desta tarefa é moi dependente do enfoque assumido pola Secretaría Xeral e do Patrimonio nos procesos de elaboración de disposicións de carácter xeral.

No ano 2009, o TGDC non foi requirido para que emitise informe sobre ningún proxecto normativo. Nese ano o Tribunal tampouco elaborou ningún informe sobre a instalación de grandes establecementos comerciais, xa que non houbo ningunha solicitude de apertura. Esta realidade cabe pensar que ten a súa orixe na situación de crise económica actual, que desalenta o inicio de proxectos empresariais, en particular dos que esixen grandes investimentos.

A ausencia de solicitude de informe sobre os proxectos normativos tramitados fai que, cara á reforma do marco normativo dos órganos de competencia en Galicia –para axustalo á Lei 15/2007, do 3 de xullo, de Defensa da Competencia–, se inclúa de maneira explícita esta función, esencial no ámbito da promoción eficaz da competencia. Nesta liña inscríbese o inicio da identificación e avaliación preliminar, dende a perspectiva da competencia, das disposicións xerais adoptadas na Comunidade Autónoma de Galicia.

Na Táboa 9 recóllese a evolución dos informes realizados polo TGDC de ámbolos dous tipos mencionados.

Táboa 9. Informes realizados polo TGDC

	2005	2006	2007	2008	2009
Informes sobre proxectos normativos	3	3	15	3	0
Informes sobre instalación de grandes establecementos comerciais	8 ¹⁷	3 ¹⁸	10	6	0

O inicio da análise dos diferentes textos normativos aprobados en Galicia no 2009, con rango de lei e decreto, áínda que sen emitir de seu informe algúun, permite apreciar nalgún deles a oportunidade de que con carácter previo foran avaliados dende a perspectiva da competencia. Tal análise permitiría evitar barreiras de entrada inadecuadas nos mercados para así contribuír a súa eficiencia.

Na elaboración de informes sobre proxectos normativos dende a perspectiva da competencia é de interese salientar a importante actuación desenvolvida desde a súa creación pola Comisión Nacional da Competencia (CNC), no marco da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de Defensa da Competencia. Tamén debe subliñarse a actividade desenvolvida polas Autoridades Autonómicas de Competencia de Andalucía (Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía) e de Cataluña (Autoritat Catalana da Competencia).

No caso de Andalucía, a lei de creación da súa Axencia de Defensa da Competencia (Lei 6/2007, do 26 de xuño, de Promoción e Defensa da Competencia de Andalucía) dotou a esta da fución de emitir informe sobre todos os anteproxectos de lei e proxectos de disposicións regulamentarias que afecten á competencia¹⁹, conferindo ao seu Consello o establecemento dos criterios necesarios para determinar os

¹⁷ No 2005 tiveron entrada 9 expedientes, dos que se resolvieron no mesmo ano 8.

¹⁸ En 2006 resolveuse o expediente GEC 9/2006, que tivo a súa entrada en 2005.

¹⁹ Artigo 3.i) da Lei 6/2007, do 26 de xuño, e 8.3.a) dos Estatutos da Axencia de Defensa da Competencia de Andalucía, aprobados mediante o Decreto 289/2007, do 11 de decembro.

supostos nos que un proxecto normativo podía restrinxir a competencia²⁰.

Os citados criterios foron establecidos pola Resolución de 10 de julio de 2008, do Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, pola que se aproban os criterios para determinar os supostos nos que un proxecto normativo pode incidir na competencia (BOJA núm. 154, de 4 de agosto).

Pola súa banda, a nova *Autoritat Catalana de la Competencia*, que remprazou ao sistema dual formado polo Tribunal Catalán de Defensa da Competencia (TCDC) e o correspondente servizo (SCDC), ten atribuída tal competencia de acordo cos artigos 2.4 y 8.1.b) da súa lei de creación, a Lei 1/2009, do 12 de febreiro. A citada Autoridade elaborou unha “Metodología per a avaluar l’impacte competitiu de les normes (AIC)”, de Marzo de 2010 (versió 1.0)²¹.

Para valorar axeitadamente o alcance desta función e dos informes resultantes pódese recorrer aos datos que ofrecen as páxinas webs institucionais da CNC, da *Axencia de Defensa de la Competencia de Andalucía* e da *Autoritat Catalana de la Competencia*.

No ano 2009, a CNC emitiu os seguintes informes:

- Transposición Directiva de Servizos. Medicamentos de Uso Veterinario.
- Acordo Sector Lácteo.
- Transposición Directiva de Servizos – Estatuto ADIF.
- Transposición Directiva de Servizos – Sector Ferroviario.

²⁰ Resolución do 10 de xullo de 2008, da Axencia de Defensa da Competencia de Andalucía, pola que se aproban os criterios para determinar os supuestos nos que un proxecto normativo pode incidir na competencia (BOJA nº 145, do 22 de xullo 2008).

²¹ Esta norma se pode consultar na web institucional da Autoridad catalana de la Competencia, na dirección: http://acco.gencat.cat/guies-recomanacions/documents/guia_AIC_v8_03_10_FINAL.pdf

- Sobre o Real Decreto de Procedimiento de Resolución de Restricciones por Garantía de Suministro.
- Transposición Directiva de Servizos – Homologación Defensa.
- Transposición Directiva de Servizos – Explosivos.
- Transposición Directiva de Servizos – Enerxía e Minas.
- Transposición Directiva de Servizos – Seguridade Mineira
- Transposición Directiva de Servizos – Motos Náuticas.
- Transposición Directiva de Servizos – Hidrocarburos.
- Transposición Directiva de Servizos – Seguridade Privada.
- Transposición Directiva de Servizos – Escolas de Navegación.
- Transposición Directiva de Servizos–Ordenación Zootécnica .
- Transposición Directiva de Servizos – Venda Ambulante.
- Transposición Directiva de Servizos – Servizos Sanitario e Farmacéutico.
- Transposición Directiva de Servizos – Ganderia, Agricultura e Industrias.
- Transposición Directiva de Servizos – Producto Zoosanitario.
- Transposición Directiva de Servicios – Sector Postal.
- Transposición Directiva de Servizos – Venda a Distancia.
- Transposición Directiva de Servizos – Medio Ambiente .
- Transposición Directiva de Servizos – Franquicias.
- Transposición Directiva de Servizos – Sector Eléctrico .
- Anteproxecto de Lei Xeral da Comunicación Audiovisual.
- Sobre o Informe dos Servizos da CMT relativo á "Definición e análise do mercado ao por maior do servizo portador de difusión do sinal de televisión".
- Sobre o Informe dos Servizos da CMT relativo á "Definición e análise dos mercadosao por maior de segmentos troncais de líñas alugadas".

- Sobre o Informe dos Servizos da CMT relativo á "Definición do mercado dos servizos de tránsito na rede pública de telefonía fixa".
- Sobre o Informe dos Servizos da CMT relativo á "Definición e análise do mercado ao por miudo do conxunto mínimo de líñas

alugadas e a definición e análise do mercado ao por maior de segmentos terminales de líñas alugadas".

- Axudas Públicas 2008.
- Anteproxecto de Lei Ómnibus.
- Reforma da Lei del Comercio ao por miúdo.
- Anteproxecto de Lei sobre o libre acceso e exercicio das actividades de servizos.
- Reforma da lei comercio ao por miúdo no marco da transposición directiva de servizos .

Pola súa banda, a *Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía* elaborou no 2009 os seguintes informes:

- Anteproyecto de Lei de modificación, para a súa adaptación á Directiva de Servizos, da Lei de Comercio ao por miúdo de Andalucía.
- Orde de modificación da Orde de 26/XII/07. Renta básica de emancipación de persoas novas.
- Decreto de modificación de Decretos en materia de turismo para a súa adaptación á Lei de transposición da Directiva relativa aos servizos no Mercado Interior en materia de Turismo.
- Anteproyecto de Lei pola que se transpón en Andalucía a Directiva relativa aos servizos no mercado interior.
- Anteproxecto modificación Lei Colexios Profesionais de Andalucía.
- Anteproyecto polo que se regula a prestación gratuita do servizo de transporte escolar para o alumnado dos centros docentes sostidos con fondos públicos.
- Proxecto de Decreto polo que se modifica o Plan Concertado de Vivenda e Solo 2008–2012.
- Proxecto de Decreto polo que se regula o marisqueo no litoral da Comunidade Autónoma de Andalucía e a súa regulamentación.
- Proxecto de Decreto que modifica o Decreto 173/2001 que crea e regula o Rexistro de Industrias Agroalimentaria de Andalucía e se regula o seu funcionamento.

- Proxecto de Decreto regulador das condicións de aplicación da normativa estatal e comunitaria en materia de subproductos de orixe animal non destinados ao consumo humano na Comunidade Autónoma de Andalucía.
- Proxecto de Decreto polo que se aproba o Catálogo de xogos e apostas da Comunidade Autónoma de Andalucía.
- Proxecto de Decreto polo que se aproba o Plan de Ordenación do Territorio da aglomeración urbana de Sevilla.
- Proxecto de Decreto polo el que se regula a acuicultura mariña en Andalucía.
- Proxecto de Decreto regulador autorización e comercialización moluscos bivalvos vivos en Andalucía.
- Decreto sobre autorización e rexistro de transportistas e medios de transporte de animais vivos en Andalucía.
- Proxecto de Decreto polo que se aproba o Regulamento de Autorización Ambiental Unificada o litoral da Comunidade Autónoma de Andalucía.

Pola súa banda, os Informes sobre reglamentación da Autoritat Catalana de la Competencia que se recollen na súa web institucional son os seguintes:

- Ordenanza reguladora da actividade da ensino do esquí, en todas as súas modalidades, nos montes comunais núm. 297 i núm. 298 (Concello de Naut Aran).
- Lei 12/2001, do 13 de xuño, de creación do Colexio de Xoieros, Orfebres, de Relloxeiros e de Xemólogos de Cataluña.
- Lei 7/2006, do 31 de maio, de exercicio de profesións tituladas e dos colexios profesionals.
- Anteproxecto de lei de finanzamento do sector público da Generalitat de Cataluña.
- Lei 11/2009, do 6 de xullo, de regulación administrativa dos espectáculos públicos e as actividades recreativas.

- Proxecto de decreto polo que se aproban os estatutos da Axència Catalana de Turismo.
- Observacións relativas ao regulamento da Denominación de Orixen Protexida "Les Garrigues".

7.3. Estímulo da actuación de oficio do SGDC

Ao abeiro da previsión contida no artigo 1 do Decreto 20/2005, do 3 de febreiro, de desenvolvemento da Lei 6/2004, do 12 de xullo, e para dar axeitado cumprimento ao cuarto dos seus obxectivos, o TGDC tratou de estimular a actuación de oficio do SGDC, dentro do escrupuloso respecto á división de funcións establecida legalmente, dando conta ao SGDC de diversas noticias de prensa relativas a condutas potencialmente relacionadas coas incluídas no ámbito de aplicación da Lei 6/2004.

Neste ámbito, ademais, a nova Lei 15/2007, no seu artigo 34, punto 3, recolle entre as funcións do Consello da CNC, a de “Promover a instrución de expedientes por parte da Dirección de Investigación”, o que *mutatis mutandis*, atribúe ao Pleno do TGDC idéntica facultade, respecto do SGDC, en aplicación da Disposición adicional oitava da citada norma.

Como consecuencia do anterior, O TGDC deu coñecemento ao SGDC do toda canta información obtivo que suxirira a posibilidae de infraccións da normativa de competencia

7.4. Coñecemento da realidade dos mercados galegos dende unha perspectiva de competencia

O TGDC fixou como obxectivo para o ano 2009: “f. Afondar no coñecemento dos mercados galegos dende a perspectiva da competencia, realizando un mínimo de cinco estudos e evaluacións”.

Nos diversos debates que se mantiveron no TGDC para seleccionar os temas de estudio tomouse como referencia o Estudo 8/2007 EI: *Procedemento seguido polo TGDC na selección dos estudios a realizar sobre a competencia en Galicia*.

Os estudos que se realizan clasíficanse coas referencia “EI”, cando son elaborados directamente polo TGDC, e “EE”, cando son elaborados por investigadores ou consultores externos ao propio TGDC. O recurso a estes especialistas deriva do feito de que o Tribunal non dispón dos medios técnicos e persoais necesarios para abordar a totalidade dos temas de interese.

Para a realización dos estudios externos, malia tratarse de “contratos menores” pola súa contía, o TGDC convoca procedementos de licitación pública abertos, a través da súa páxina web, da publicación de anuncios no Diario Oficial de Galicia e mesmo de comunicacións individualizadas ás empresas do sector.

Os estudos realizados no ano 2009 foron os seguintes²²:

- a. Estudo 28/2009 EE: O mercado de alimentación animal en Galicia desde o punto de vista da competencia.
- b. Estudo 29/2009 EE: O sector de seguros de decesos en Galicia dende o punto de vista da competencia.
- c. Estudo 30/2009 EE: O sector de seguros de Asistencia Sanitaria en Galicia dende o punto de vista da competencia.
- d. Estudo 31/2009 EI: Percepción dos empresarios galegos (comerciais) sobre a competencia.

A difusión dos estudos do TGDC realizaase a través da súa remisión aos órganos da Administración Autónoma galega competentes nas

²²Licitouse un estudio máis que non foi culminado.

respectivas materias e aos portavoces dos Grupos Parlamentarios no Parlamento de Galicia, cumprindo o compromiso asumido polo presidente do TGDC na súa primeira comparecencia anual. Ademais, todos os estudos se difunden na súa páxina web institucional e a través da Rede Española de Autoridades da Competencia.

O acceso á páxina web do Tribunal permite coñecer a situación dos sectores analizados aos operadores económicos e ao público en xeral, contribuíndo a difundir os valores da competencia. O TGDC tamén remite os estudos realizados a persoas e institucións potencialmente interesadas dentro e fora das Administracións públicas galegas.

7.4.1. Estudo 28/2009 EE: O mercado de alimentación animal en Galicia desde o punto de vista da competencia.

Este estudio foi realizado pola empresa de consultora ESTRATEXIA PLUS, tralo correspondente proceso público de selección, que foi publicado no DOG e na web institucional do TGDC.

Na análise destácase, entre outras cuestións de interese, a existencia dunha rede moi atomizada de pequenos fabricantes e comerciantes que favorece unha situación de fraude na facturación, provocado pola venda de mercancías sen IVE e que se ve favorecida por un segmento de consumo que na súa maior parte opta por unha contabilidade fiscal por módulos.

Así mesmo, apúntase a aparición de operadores de venda de materias primas non autorizados e a carencia de medios do consumidor final para o control do peso da mercadoría comprada.

Outra nota salientable e a existencia de etiquetados de produtos que difiren da realidade e que encobren produtos de inferior calidade e menor prezo e a detección de tarifas de prezos de venda no que o prezo final non está claramente explicado, o que produce un abaratamento fraudulento dos prezos finais.

A elaboración de pensos compostos personalizados, especialmente para vacún de leite, con composicións en ingredientes e características nutritivas determinadas, na que se aprecian alteracións fraudulentas na súa composición, e que áínda que manteñen as características organolépticas, producen un abaratamento do prezo.

Dende o punto de vista da defensa da competencia sinálase no referido estudo que os prezos de venda por baixo do custe soen darse puntualmente, dependendo das condicións de cada empresa. A variación do prezo da materia prima é constante e, en ocasións, retéñense as decisións de venda en espera de mellores condicións e a existencia de varios "líderes" no mercado da alimentación animal.

Na producción forraxeira danse prácticas que non contribúen ó libre mercado, que teñen que ver fundamentalmente con axudas a entidades cooperativas dirixidas a mellorar a eficiencia dos procesos produtivos ou á mellora dos servizos ós socios, pero que acaban por ser empregados como ferramenta comercial, o que dificulta a libre competencia.

Advírtese tamén da existencia de grupos de empresas con poder de mercado, que limitan a entrada de novas empresas, así como o feito de que a non autorización pola Unión Europea da utilización dos Organismos Xeneticamente Modificados (OXM) pode limitar, nun futuro próximo, a libre competencia no mercado da alimentación animal. O argumento é que, ao reducir a oferta de materias primas dispoñibles, aumenta o poder negociador dos provedores. Esta actuación tamén supón unha desvantaxe competitiva fronte a outros competidores de fora da Unión Europea para os cales está autorizado o uso de OXM.

7.4.2. Estudo 29/2009 EE: O sector de seguros de decesos en Galicia desde o punto de vista da competencia.

Este estudio, realizado pola consultora IDEARA, evidencia que nos últimos corenta anos máis do 50% da poboación dispón desta cobertura,

o que ten como consecuencia que unha porcentaxe aínda superior dos falecementos sexa xestionada polas compañías aseguradoras. Este feito evidencia a importancia económica e social desta modalidade de aseguramento

As conclusións más destacadas do estudo, recollidas in extenso, no epígrafe 8º do mesmo, preséntanse máis claramente, –como recolle o propio estudo–, mediante a ferramenta denominada P.M.I. (Plus, Minus, Interesting), onde no “PLUS” recóllense os aspectos positivos atopados, no “MINUS” os aspectos negativos que se deben mellorar e, por último, co “INTERESTING” exprésanse os aspectos destacables do ámbito de estudio. Entre os aspectos “minus” destacan os seguintes:

- A concentración do mercado aumenta coa redución do mercado xeográfico (é superior en Galicia que en España e a nivel provincial que autonómico). As cinco primeiras entidades acaparan o 86,43% do mercado galego.
- Posición dependente das funerarias, ao ser as aseguradoras, en moitos casos, os seus principais clientes.
- Limitacións á libre elección do asegurado do prestador de servizos funerarios, tanto por ocultamento de información ao asegurado ou futuro asegurado como pola existencia de “clientela cautiva”: asegurados que por cuestión da idade e o risco correspondente non poden efectuar un cambio de compañía (en similares condicións de prezos) ao non poder acceder á recuperación de dereitos económicos.
- Posibles limitacións á entrada de novos operadores pola estreita relación dos mercados seguro de decesos-funerarias (acordos, integración vertical...) e que pode xerar posicións de dominio en ambos lados.

7.4.3. Estudo 30/2009 EE: O sector de seguros de Asistencia Sanitaria en Galicia desde o punto de vista da competencia.

Este estudo foi realizado pola consultora Solchaga Recio & Asociados, especializada no ámbito da Regulación e Competencia. Entre as conclusóns cabe salientar as seguintes:

- Existen dúas modalidades de asistencia sanitaria complementarias ó sistema público de saúde: a asistencia sanitaria concertada e a de reembolso de gastos, áinda que esta última é moi minoritaria. No caso particular de Galicia apenas alcanza unha cota do 4 por cento.
- O sector dos seguros de asistencia sanitaria galego presenta un elevado nivel de concentración debido, sobre todo, á elevada cota que ten a empresa líder. Deste xeito, os cinco primeiros competidores teñen unha cota de mercado superior ó 90 por cento en todas as provincias galegas. A nivel provincial, o reparto de cotas é bastante similar ó da Comunidade Autónoma, áinda que con certas particularidades.
- Non aprecian a existencia de impedimentos insuperables á entrada de novas entidades no mercado dos seguros sanitarios galegos.

7.4.4. Estudo 31/2009 EI: Percepción dos empresarios galegos (comerciais) sobre a competencia.

O obxecto deste estudo é completar a visión dos responsables das pequenas e medianas empresas sobre a competencia e os seus beneficios, así como o seu coñecemento dos órganos existentes de defensa da competencia e das súas funcións. Aos resultados deste estudo farase referencia no Informe sobre a situación da competencia en Galicia.

7.5. Promoción do coñecemento dos beneficios da libre competencia e do funcionamento dos órganos de defensa da competencia

A promoción dos valores da competencia é un dos campos no que o TGDC ven realizando dende 2005 un maior esforzo, incrementando e diversificando as súas actividades co obxecto de achegarse aos diferentes tipos de operadores económicos e aos consumidores en xeral.

O período transcorrido dende a entrada en vigor da Lei 6/2004, do 12 do xullo, e moi especialmente dende a creación dos órganos autonómicos de defensa da competencia nela deseñados amosa evidencias claras da necesidade de transmitir á sociedade galega os valores da competencia e os beneficios que dende o punto de vista dos operadores económicos, e mesmo dos consumidores, se poden derivar do funcionamento competitivo dos mercados. Por este motivo, o TGDC asumió como compromiso esencial o de promover o coñecemento dese beneficios na sociedade galega.

O TGDC desenvolveu no 2009 un amplio abano de iniciativas. Xunto ás que tradicionalmente viña desenvolvendo, atópanse outras más novidoras, como a colaboración coas universidades galegas²³ nas prácticas de alumnos de masters oficiais.

7.5.1. Cursos, xornadas e conferencias organizadas ou patrocinadas polo TGDC

En 2009, os membros do TGDC participaron como relatores en numerosos cursos e xornadas:

²³ Convenio de colaboración entre Tribunal Galego de Defensa da Competencia (TGDC) e a Universidade de Santiago de Compostela para a realización de Prácticas de Alumnos do Máster Oficial en Desenvolvemento Rexional s Integración Económica (Santiago De Compostela, 15 de abril de 2009) e Cconvenio de colaboración entre o Tribunal Galego de Defensa da Competencia (TGDC) e a Universidade da Coruña para a realización de prácticas de alumnos do Master en Asesoramiento Xurídico Empresarial (Santiago de Compostela, 11 de maio de 2009).

- a. IX Curso de especialización en patentes, marcas, derecho de autor y competencia, organizado polo Instituto de Dereito Industrial, da Universidade de Santiago de Compostela.
- b. Curso de Economía da Competencia II: Liberalización e Política Industrial en Sectores Regulados. Facultade de Ciencias Económicas e Empresariais da Universidade da Coruña.
- c. Máster en Asesoría Xurídica Empresarial (MAXE), curso 2008/2009, organizado pola Universidade da Coruña, no marco do convenio de colaboración subscrito con dita universidade.
- d. Máster en Derecho de la Competencia. Fundación Carolina, Madrid.
- e. Xornadas organizadas pola Comisión Nacional de la Competencia (CNC).
- f. Seminario sobre as relacións entre a aplicación da Directiva de Servizos e a política de defensa da competencia, analizando en particular os sectores de distribución comercial retallista e os servizos profesionais. Skopje (República de Macedonia).
- g. III Jornada de la Competencia en Euskadi. Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia, Bilbao.
- h. Gestión comercial de las empresas y derecho de la competencia: conflictos de interacción. Universidad de la Rioja.
- i. Seminario sobre Análisis Económico en el Derecho de la Competencia”, XII Curso de Derecho de la Competencia Comunitario y Español, Madrid.

- j. Grupo de Expertos de competencia, Universidad CEU-San Pablo, Madrid.
- k. Competencia y Regulación. Agencia De Defensa de la Competencia de Andalucía, Sevilla.
- l. Curso sobre el régimen comunitario europeo de ayudas de estado y su aplicación en España. Instituto Asturiano de Administración Pública Adolfo Posada (IAAP) e o Instituto de Desarrollo Económico del Principado de Asturias (IDEPA), Oviedo.
- m. III Jornadas Nacionales de Defensa de la Competencia. Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad Valenciana, Valencia.
- n. El Sector Servicios ante el Derecho de la Competencia. Universidad del País Vasco e Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia, San Sebastián.
- o. III Jornadas Anuales de la Comisión Nacional de Competencia. Trabajando por la Competencia. Comisión Nacional de la Competencia, Madrid.

7.5.2. Elaboración e difusión dun tríptico informativo sobre as prácticas desleais e a defensa da competencia.

Continuando a serie de trípticos informativos sobre as diversas prácticas restrictivas da competencia, no ano 2009 o TGDC elaborou e distribuíu un novo tríptico adicado a expoñer de maneira sinxela as prácticas desleais e a defensa da competencia.

O citado Tríptico, así como os demais da serie pódense descargar da web institucional do TGDC.

7.5.3. Colaboración cos medios

No 2009, o TGDC seguiu a súa liña de colaboración establecida co xornal “*La Voz de Galicia*”. Froito da mesma foron os seguintes artigos publicados:

- “Bruselas ante la crisis bancaria”. José Antonio Rodríguez Miguez. Secretario Xeral do TGDC. 18 de xaneiro de 2009.
- “Servicios deportivos”. José Antonio Varela González. Presidente do TGDC. 8 de febreiro de 2009.
- “Administracións Locais e Competencia”. José Antonio Varela González. Presidente do TGDC. 15 marzo de 2009.
- “Mais ala da Directiva de servizos”. Fernando Varela Carid. Vogal do TGDC. 29 de marzo de 2009.
- “Distribución y Ventas Pasivas”. José Antonio Varela González. Presidente do TGDC. 26 de abril de 2009.
- “¿Aplicación privada o pública? Alfonso Vez Pazos. Vogal do TGDC. 10 de maio de 2009.
- “Crise: O papel da Competencia”. Fernando Varela Carid. Vogal do TGDC. 24 de maio de 2009.
- “Restricciones a la distribución del gas”. José Antonio Rodríguez Míguez. 6 de xuño de 2009.
- “Precios Predatorios y Competencia”. José Antonio Varela González. Presidente do TGDC. 13 de setembro de 2009.
- “Consensos básicos para o desenvolvemento”. Fernando Varela Carid. Vogal do TGDC. 4 de outubro de 2009.
- “Carburantes y competencia”. José Antonio Varela González. Presidente do TGDC. 1 de novembro de 2009.
- “Las medidas cautelares en la ley de defensa de la competencia”. Alfonso Vez Pazos. Vogal do TGDC. 22 de novembro de 2009.

7.5.4. Mellora da biblioteca especializada en defensa da competencia

Entre as apostas do TGDC para difundir a cultura e os valores da competencia atópase tamén a constante actualización da súa biblioteca,

especializada en Dereito e Economía da Competencia, que pretende ser non só unha ferramenta de traballo para o propio Tribunal, senón tamén unha referencia para os investigadores que pretendan afondar no coñecemento desta disciplina, tanto dende o punto de vista xurídico coma económico.

A páxina web institucional do TGDC [<http://www.tgdcompetencia.org>] incorpora un enlace que permite atopar o contido da biblioteca do TGDC que, asemade, está integrada no proxecto MEIGA de bibliotecas, rede virtual deseñada dende a Consellería de Educación e Ordenación Universitaria da Xunta de Galicia.

7.5.5. Análise da normativa galega desde o punto de vista da competencia

A normativa doptada polas Administracións Públicas nos seus diferentes niveis (Xeral do Estado, Autonómica e Local) xogan un papel esencial no desenvolvemento dos mercados de feito que poden impulsar a competencia ou restrinxila mais aló do necesario.

Por esta razón cómpre que a normativa, tanto a xa existente como especialmente a que se está a desenvolver, teña en conta criterios de competencia. Este obxectivo pódese conquerir, por unha banda, requirindo na súa tramitación o informe previo, non necesariamente vinculante, dun órgano especializado, e, por outra, introducindo no propio proceso de elaboración mecanismos para que os valores da competencia sexan tidos en conta e os proxectos normativos sexan convenientemente avaliados dende esta perspectiva. E todo elo en aras de mellorar a súa eficiencia competitiva sen merma doutros obxectivos lexítimos.

A análise previa das cuestións de competencia vese reforzada, alomenos no caso da Administración Xeral do Estado, trala aprobación do Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, polo que se regula a memoria

da análise do impacto normativo²⁴, que prevé que sexa o órgano xestor, o que propón a norma, o que inclúa unha Memoria de Competencia, na que avalíe o efecto do proxecto no funcionamento competitivo dos mercados.

O TGDC considera moi positiva esta práctica pois é o propio órgano que elabora o proxecto o que avalía a súa incidencia na competencia, tendo que xustificar as razóns das restriccións á mesma, amosando ademais que a elección efectuada é a que, no seu caso, afecta en menor medida a competencia.

No que atinxe as funcións do TGDC, a Lei 7/2009, do 22 de decembro, de modificación da Lei 10/1988, do 20 de xullo, de ordenación do comercio interior de Galicia, na que se introduce un novo capítulo II do título II, “Da apertura de establecementos comerciais”, que no seu artigo 7º bis (Procedemento para a obtención da autorización comercial autonómica), sinala que:

“1. A autorización comercial autonómica será concedida mediante resolución da persoa titular da consellaría competente en materia de comercio interior con carácter previo á obtención das correspondentes licenzas municipais, así como ás de calquera outra entidade ou administración que sexan exixibles, de ser o caso.

2. A concesión da autorización comercial autonómica estará fundamentada nos seguintes criterios de interese xeral, cuxo cumprimento estará debidamente xustificado no proxecto [...].

3. Completada a documentación, o órgano instrutor recadará os seguintes informes:

a) [...]

e) Informe do Tribunal Galego de Defensa da Competencia, que non poderá versar sobre aspectos económicos.

²⁴ BOE nº 173, do Sábado 18 de julio de 2009.

A limitación da análise a efectuar polo TGDC, aínda que non poda versar sobre contido económico, sí ten unha importancia esencial, en correspondencia cos criterios establecidos pola Directiva de Servizos.

7.5.6. Análise das axudas públicas en Galicia

Conforme a reiterada xurisprudencia comunitaria²⁵, calificar unha medida como axuda de Estado ou axuda pública no sentido do Tratado CE, hoxe Tratado de Funcionamento da Unión Europea (TFUE)²⁶, esixe que se cumpran os catro criterios acumulativos nos que se basa o artigo 87 CE, apartado 1 (hoxe artigo 107 TFUE). Trátase de que a axuda sexa outorgada polo Estado (entendido no caso español nos tres niveis da súa Administración: Xeral do Estado, Autonómico e Local) ou mediante fondos estatais (primeiro criterio); que favoreza a unha empresa ou sector (segundo criterio); que a medida sexa selectiva (tercer criterio); e que afecte aos intercambios comerciales entre Estados membros, falseando a competencia (carto criterio).

A regra xeral, recollida no artigo 108 TFUE (antigo artigo 88 CE), sinala que todas as axudas deben ser obxecto de notificación previa á Comisión Europea, agás as que podan ampararse nunha exención por categoría²⁷ ou se acollan a regra *de minimis*²⁸.

²⁵ Sentenzias do 24 de xullo de 2003, Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg, «Altmark Trans» (C 280/00, Rec. p. I 7747), apartado 74; do 23 de marzo de 2006, Enirisorse (C 237/04, Rec. p. I 2843), apartado 38; do 30 de marzo de 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C 451/03, Rec. p. I 2941), apartado 55, e de 22 de xuño de 2006, Bélgica e Forum 187/Comisión (C 182/03 y C 217/03, Rec. p. I 5479), apartado 84; no mesmo sentido, véxase a sentenza do 21 de marzo de 1990, Bélgica/Comisión, «Tubemeuse» (C 142/87, Rec. p. I 959), apartado 25.

²⁶ A versión consolidada dos Tratados comunitarios, coa nova numeración dos artigos relativos á Política da Competencia está publicada no Diario Oficial da Unión Europea (DO C 115, de 9.5.2008, p. 47). De xeito tal que os antigos artigos 81 a 89 CE, son agora os artigos 101 a 109 TFUE.

²⁷ Regulamento (CE) nº 800/2008 da Comisión, do 6 de agosto de 2008 , polo que se declaran determinadas categorías de axuda compatibles co mercado común en aplicación dos artículos 87 e 88 do Tratado [hoxe artigos 107 e 108 TFUE] (Reglamento xeral de exención por categorías) (DO L 214 do 9.8.2008, p. 3).

²⁸ Regulamento (CE) nº 1998/2006 da Comisión, do 15 de decembro de 2006 , relativo á aplicación dos artículos 87 e 88 do Tratado (hoxe artigos 107 e 108 TFUE) ás axudas *de minimis* (DO L 379 do 28.12.2006, p. 5).

No primeiro caso, será preciso un informe *a posteriori* e, no segundo, poderá ser a propia Comisión, de oficio ou a instancia dalgún denunciante, a que poida solicitar que se acredeite o cumprimento dos citados crierios.

Finalmente, débese ter en conta que como consecuencia da crise económica, a Comisión aprobou unha Comunicación denominada Marco temporal aplicable ás medidas de axuda estatal para facilitar o acceso ao financiamento no actual contexto de crise económica e financeira²⁹, modificada o 28 de outubro de 2009³⁰ e o 8 de decembro de 2009³¹

De acordo coa información que ofrece o servidor da Unión Europea, e máis concretamente a páxina da DG COMP, nos anos 2008-2009 notificáronse os seguintes proxectos de axudas por parte da Comunidade Autónoma de Galicia:

Táboa 10. Axudas notificadas no 2008

Policy Area	Case Number	Member State	Last Decision Date	Title
State Aid	N286/2007	Spain	17.01.2008	R+D Aid scheme for enterprises in Galicia, Spain
State Aid	N332/2007	Spain	10.12.2008	Aid for job stability in Galicia
State Aid	N569/2007	Spain	11.11.2008	Innovation aid scheme in Galicia – INCITE
State Aid	N46/2008	Spain	05.08.2008	Aid to the Galician audiovisual production

Fonte: páxina web da DGCOMP.

²⁹ DO C 83, do 7.4.2009, p. 1.

³⁰ DO C 261, do 31.10.2009., p. 2.

³¹ DO C 303, do 15.12.2009, p. 6.

Táboa 11. Axudas notificadas no 2009

Policy Area	Case Number	Member State	Last Decision Date	Title
State Aid	N144/2009	Spain	25.05.2009	Aid for agricultural holdings affected by the storm in January 2009 Aide pour la récupération des zones forestières suite aux dommages causés par la tempête survenue en Galice le 23 et 24 Janvier 2009
State Aid	N446/2009	Spain	19.11.2009	Plan de mejora de la calidad del suministro eléctrico de Galicia 2009-2013
State Aid	N455/2009	Spain	30.10.2009	Plan of improvement of the gas distribution network in Galicia
State Aid	N463/2009	Spain	23.11.2009	Aid to fuel switching for Alcoa Galicia
State Aid	N624/2009	Spain	14.12.2009	

Fonte: páxina web da DGCOMP.

7.6. Ampliación e fortalecemento das relacións institucionais do TGDC

Dende o comezo da súa actividade, os membros do TGDC consideraron necesario manter unha relación institucional fluída cos organismos que procuran os mesmos fins. Por este motivo, fixáronse como obxectivo estar presentes nos foros máis destacados que, en materia de competencia, se desenvolven tanto a nivel nacional como internacional. Esta actividade sitúase claramente na liña da nova LDC, que prevé a creación de mecanismos de colaboración e coordinación entre autoridades de competencia e mais entre estas e os órganos xurisdicionais.

Esta dimensión da actividade institucional, que permite reforzar os lazos con outras institucións cara a unha posible colaboración futura na consecución de obxectivos comúns, foi notablemente limitada no 2009 en aras de reducir ao mínimo os custos de actividade do TGDC.

7.6.1. Actividade institucional no ámbito galego

Durante o ano 2009 o TGDC realizou un amplio esforzo institucional dentro de Galicia, convocando ou concertando entrevistas con organizacións empresariais, de ámbito sectorial ou xeral, e con institucións públicas ou privadas.

De especial relevancia neste apartado foi a comparecencia do presidente do TGDC na Comisión 3ª (Comisión de Economía, Facenda e Orzamentos) do Parlamento de Galicia, presentando a Memoria de Actividades do TGDC 2008, en cumprimento do establecido no artigo 6.1. letra f) da Lei 6/2004, do 12 de xullo, na que se deu conta das actividades do Tribunal no citado exercicio e dos obxectivos da Institución para o 2009.

7.6.2. Actividade institucional no ámbito español e internacional

Os membros do TGDC desenvolveron tamén un importante labor institucional participando en diversos actos institucionais, así como colaborando coas autoridades da Administración Central especializadas na defensa da competencia e das demais Comunidades Autónomas.

7.6.2.1. Consello de Defensa da Competencia e Grupos de Traballo

Como en anos anteriores, o presidente do TGDC participou, en representación da Comunidade Autónoma de Galicia³², na reunión anual do Consello de Defensa da Competencia, creado pola Lei 1/2002, do 21

³² O artigo 6, letra c), da Lei 6/2004, do 12 de xullo, establece que, entre as funcións asignadas ao presidente do TGDC, se atopa a no Consello de Defensa da Competencia.

de febreiro, de Coordinación das Competencias do Estado e as Comunidades Autónomas en materia de Defensa da Competencia³³. Esta reunión tivo lugar o 19 de decembro de 2008.

O Consello de Defensa da Competencia constitúe un dos mecanismos de colaboración, coordinación e información recíproca entre o Estado e as Comunidades Autónomas para promover a aplicación uniforme da lexislación de competencia. A aprobación da Lei 15/2007, do 3 de xullo, modificou algunha das súas funcións³⁴. Así, a Disposición adicional décima, Un, da nova LDC, modificou o artigo 5.Un.3 da referida Lei 1/2002, do 21 de febreiro, nos termos seguintes:

«3. O Consello de Defensa da Competencia, como órgano de participación e colaboración entre a Administración xeral do Estado e as Comunidades Autónomas, asumirá as seguintes funcións:

- a) Realizar o seguimento periódico da política de defensa da competencia por parte das distintas administracións públicas.
- b) Promover o intercambio de información e a realización e publicación de estudos en que se poñan de manifesto os criterios seguidos polas distintas administracións en aplicación da normativa de defensa da competencia e, se é o caso, a necesidade de facer que estes sexan uniformes.
- c) Emitir informe sobre os proxectos de disposicións de carácter xeral que afecten as materias da defensa da competencia nas cales as Comunidades Autónomas teñen competencias de execución.
- d) Elaborar directrices sobre a interpretación do punto 2 do artigo 1 desta lei.»

Ao amparo do Consello de Defensa da Competencia teñen xurdido diversos grupos de traballo destinados a analizar e dar solución a

³³ BOE nº 46, do 22 de febreiro de 2002.

³⁴ As competencias do Consello de Defensa da Competencia foron modificadas pola Disposición adicional décima, Uno, da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia.

problemas específicos. Durante o 2009 estiveron en activo, con participación de membros do TGDC os catro seguintes:

- G. T. “Criterios asignación de casos”,
- G. T. “Promoción da competencia”,
- G.T. “Distribución comercial”,
- G.T. “Rede Cooperación Organos Competencia (REC)”.

7.6.2.2. Reunións das autoridades españolas de defensa da competencia

Xunto á participación dos presidentes e representantes dos órganos centrais e autonómicos de defensa da competencia no Consello de Defensa da Competencia, unha práctica xa consolidada é a celebración de reunións de traballo periódicas entre os membros dos diferentes órganos de defensa da competencia españois. Esta actividade mantívose no ano 2009, no que tiveron lugar diversas reunións de traballo desta natureza.

7.6.2.3. Rede de órganos españois en materia de defensa da competencia

No marco da colaboración institucional entre autoridades españolas de defensa da competencia estableceuse a Rede Española de Competencia (REC). A REC inspirase, aínda que con distinto contido e alcance, na Rede Europea de Competencia (REC)³⁵, que se desenvolve no ámbito da Unión Europea³⁶, e na *International Competition Network* (ICN)³⁷.

³⁵ European Competition Network (ECN). Respecto a esta rede pode verse a súa páxina web: http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/index_en.html

³⁶ Vid. Comunicación da Comisión sobre a cooperación na Rede de Autoridades de Competencia (DO C 101, do 27.4.2004, p. 43).

³⁷ <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/>

Durante o 2008, os estudos elaborados polo TGDC incorporáronse á rede informática da REC, o que os fará máis accesibles e visibles para as autoridades españolas de defensa da competencia. Esta rede informática contribuirá significativamente a incrementar a eficacia do intercambio de información e á colaboración institucional.

7.6.2.4. Participación de membros do TGDC en actos relacionados coa competencia

Os membros do TGDC participaron nos seguintes relatorios, ademais dos mencionados no apartado 7.5.1:

- Xornada sobre a Directiva 2006/123/CE, de servizos, no mercado interior e futura regulación do comercio interior en España, organizada pola Asociación para el Progreso de la Dirección (APD). Madrid.
- Curso Iberoamericano de Competencia, organizado pola CNC. Madrid.
- Foro sobre Dereito da Competencia, acerca do tema “¿Tiene sentido mantener la prohibición de las prácticas conscientemente paralelas? ¿A qué supuestos se refiere?”, organizado polo FIDE. Madrid.
- III Jornada sobre política de la Competencia. Oviedo.
- Xornada organizada pola CNC sobre o Artigo 3 LDC para autoridades da competencia. Madrid.
- Máster en estudios da Unión Europea. Curso 2007-2008, organizado polo Instituto Universitario de Estudios Europeos Salvador de Madariaga, Universidade da Coruña. A Coruña.

- Curso sobre “Un derecho de la competencia para el siglo XXI”, organizado polo Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón. Zaragoza.
- Xornada de estudo sobre o sistema de defensa da competencia en España, organizado por Garrigues, Abogados e Asesores Fiscales. A Coruña.
- Curso “Economía y Derecho de la Competencia”, organizado polo Tribunal de Defensa de la Competencia de Castela e León. Valladolid.
- Xornada sobre a reforma no control das axudas publicas e a súa incidencia en Euskadi, organizada pola Sección de Dereito do Eusko Ikaskuntza–Sociedad de Estudios Vascos (EI-SEV) en colaboración co Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia. San Sebastián.
- Xornada titulada “The new approach to State aids – recent reforms under the State Aid Action Plan and next steps”, organizada pola Dirección Xeral da Competencia da Comisión Europea. Bruxelas.
- “Xornadas sobre “Judicial Practice on Competition in the EU: Implementation in Spain through the analysis of specific cases”. Madrid.

Ademais, o TGDC formou parte da representación española – representantes da Administración Xeral do Estado (CNC) e das Comunidades Autónomas con órganos de competencia en funcionamento- que asistiu á *Annual Conference of the International Competition Network (ICN)*.

8. OBXECTIVOS DO TGDC PARA O ANO 2010

O TGDC é un organismo público autónomo que, xunto co Servizo Galego de Defensa da Competencia, contribúe a que exista unha competencia máis efectiva nos mercados de Galicia. Para iso resolve expedientes sobre condutas que potencialmente inclumplen a Lei de Defensa da Competencia, emite informes, promociona a competencia, etc.

Como resulta lóxico, os obxectivos do TGDC para 2010 derivan dos fins para os que ese organismo foi creado, que, a súa vez, están intimamente ligados ás funcións que lles encomenda a súa normativa reguladora, tanto autonómica como estatal.

Para o 2010, o TGDC pretende continuar como principal impulsor de prácticas a prol da libre competencia en Galicia e reforzar aquelas áreas da súa actividade que permitan avanzar máis no fin xeral de amparar e promover a competencia na nosa Comunidade Autónoma. Tamén ten que adaptar o seu funcionamento ao cambio normativo derivado da aprobación da nova LDC.

Consecuentemente, o TGDC estableceu os seguintes oito obxectivos para o ano 2010:

- a. Resolver dun xeito adecuado e rápido os expedientes relativos a condutas anticompetitivas que teñan entrada no Tribunal.
- b. Realizar puntualmente os informes e funcións consultivas que lle corresponden ou lle sexan solicitados.
- c. Elaborar en tempo a memoria anual e o informe sobre a situación da competencia en Galicia, e remitilos ao Parlamento.
- d. Estimular a actuación de oficio do SGDC, en base á idea de que algunas das prácticas ilícitas que ocorren nos mercados non son denunciadas.

f. Afondar no coñecemento dos mercados galegos dende a perspectiva da competencia, realizando un mínimo de cinco estudos e avaliacóns.

g. Promover o coñecemento dos axentes económicos, e da cidadanía en xeral, dos beneficios da libre competencia mantendo actualizada a súa páxina web e realizando un *mail* informativo e detallado sobre as características dos actos de competencia desleal como ilícito no ámbito da defensa da competencia.

h. Manter e mesmo fortalecer as relacións institucionais do TGDC tanto no ámbito galego como en outras áreas que podan ter repercusión sobre a actividade do Tribunal, en especial cos órganos da Administración xeral do Estado e cos demais tribunais autonómicos.

O cumprimento dos obxectivos do TGDC está afectado polo imprevisible da súa carga de traballo, non soamente en relación ás denuncias sobre actos potencialmente ilícitos, senón tamén sobre os informes solicitados: o número de uns e outros pode variar significativamente en diferentes anos. Ademais, o Tribunal tampouco pode determinar a data de entrada dos mesmos.

Malia o anterior, o Tribunal proponse estar entre as mellores autoridades de competencia autonómicas pola calidade das súas análises e decisións. Tamén busca non pór cargas excesivas sobre as empresas, e facer unha contribución importante ao desenvolvemento da política de competencia en Galicia e España.

ANEXO I. Resolucións adoptadas polo TGDC en 2009

1. Expediente R 7/2008, “Transporte Fluvial de Lugo”. Resolución do 2 de febreiro de 2009.

Pleno

Sres.:

D. José Antonio Varela González, Presidente

D. Fernando Varela Carid, Vogal

D. Alfonso Vez Pazos, Vogal

Santiago de Compostela, 2 de febreiro de 2009.

O Pleno do Tribunal Galego de Defensa da Competencia (Tribunal ou TGDC en adiante), coa composición indicada máis arriba e sendo relator D. José Antonio Varela González, presidente, ditou a seguinte Resolución no Expediente R 7/2008 (10/2006, do Servizo) orixinado polo recurso interposto o 14 de marzo de 2008, por D.^a C. C. L., en nome e representación de HEMISFERIOS, S.L., contra o acordo de sobreseamento, con arquivo das actuacións, do Servizo Galego de Defensa da Competencia (Servizo ou SGDC en adiante), de 29 de febreiro de 2008, en relación coa denuncia presentada contra a Deputación Provincial de Lugo (DEPUTACIÓN, en adiante) por presuntas prácticas contrarias á Lei 16/1989, de 17 de xullo, de Defensa da Competencia (LDC).

ANTECEDENTES

1.- Con data 11 de febreiro de 2004 tivo entrada no Servicio de Defensa de la Competencia (SDC en diante), da Administración Xeral do

Estado, un escrito da mercantil HEMISFERIOS S.L. no que esta empresa formulaba denuncia contra a DEPUTACIÓN, por presuntas condutas prohibidas pola LDC, consistentes na vulneración de normas co efecto de ofertar prezos por debaixo dos custos na explotación dos servizos de transporte de viaxeiros pola “Ruta dos Encoros”, o que suporía, a xuízo da denunciante, a realización de actos de competencia desleal, prohibidos polo artigo 7 LDC.

- 2.- A denunciante é unha axencia de viaxes, tanto na vertente por xunto como polo miúdo, que conta ao tempo con medios de transporte ao seu disprix, ou propios, cos que presta directamente servizos dessa natureza aos usuarios. O 90% do capital social da denunciante é propiedade da EMPRESA MONFORTE, S.A. (EMSA). No 1998, EMSA e a DEPUTACIÓN asinaron un contrato de concesión, mediante o cal EMSA explotaría unha embarcación monocasco e tres catamaráns propiedade da DEPUTACIÓN nos encoros de San Estevo, Os Peares, e Belesar, así como tamén as instalacións deportivas e recreativas de Portomarín, Belesar (presa), Belesar (pobo), Doade e Augasmeñtas. A cambio HEMISFERIOS S.L. pagaría á DEPUTACIÓN un canon anual actualizable segundo o IPC. Segundo o contrato, as tarifas ao público aplicadas pola empresa concesionaria debían ser aprobadas previamente pola Administración.
- 3.- No ano 2002, EMSA deixa de explotar o servizo baixo o réxime de concesión, sendo a DEPUTACIÓN quen pasa a facelo de forma directa no caso das embarcacións, mentres que para a explotación dos embarcadoiros e instalacións recreativas e deportivas realiza concesións específicas.
- 4.- Na primavera do ano 2002, a empresa HEMISFERIOS S. L. leva a cabo a botadura dunha embarcación, denominada “Accua 2”, para a realización de viaxes turísticos polo encoro de San Estevo, utilizando as instalacións do Club Náutico de Doade, propiedade da DEPUTACIÓN, para o embarque de pasaxeiros, venda de billetes, amarre, repostaxe, mantemento, e outros. Nesta ruta o “Accua 2”

rivaliza, no 2002, co catamarán Pelegrín III e, no 2003, co Pelegrín III e mais co barco monocasco “Canón do Sil”, ámbalas dúas embarcacións propiedade da DEPUTACIÓN. No expediente recóllese que o “Canón do Sil” é un barco máis modesto en capacidade e prestacións que o Accua 2. Por tanto, a partir do 2002, a DEPUTACIÓN e HEMISFERIOS S. L. compiten na ruta denominada CANÓN DO SIL (DOADE – CANÓN DO SIL – DOADE), realizada no encoro de San Estevo.

- 4.- Os prezos das rutas fluviais aplicados foron os aprobados pola comisión de goberno da DEPUTACIÓN. A aprobación deses prezos públicos está delegada na citada comisión por acordo adoptado polo Pleno dese organismo o 28 de xuño de 1993.
- 5.- A denunciante afirma que a DEPUTACIÓN nas campañas dos anos 2002 e 2003 aplicou prezos por baixo do custo (que comportan un déficit na explotación dos servizos que ten que ser cuberto coa concesión dunha axuda pública). Fundamenta esta afirmación en que:
 - a. Segundo un estudio encargado por ela mesma a un auditor de contas independente, no ano 2003, o custo de explotación da denunciante da ruta por ela realizada, e que coincide cunha das explotadas pola DEPUTACIÓN, foi de 114.911,44 € no período de xuño a setembro (período no que a DEPUTACIÓN opera as súas embarcacións). Dado que o número de viaxeiros nese período foi de 16.149, para cubrir os custos, sen obter ningún beneficio nin incorrer en perdas, o prezo do billete tería que ser de 7,12 €.
 - b. Os prezos aplicados nos anos 2002 e 2003 foron inferiores ás tarifas que a DEPUTACIÓN aprobara en anos anteriores.
- 6.- A denunciante mantén que tal venta a perda, que a prexudica seriamente por “tener que conformarse en la misma con una demanda puramente residual”, é constitutiva dunha práctica

restritiva da competencia incursa na “prohibición do artigo 7 da Lei 16/1989 de 17 de xullo”, en relación co artigo 15 da Lei 3/1991, de competencia desleal, por violación de normas legais, en concreto o artigo 36 da Lei 7/1985, de Bases do Réxime Local. Ademais engade que os prezos, “na súa condición de prezos públicos, e conforme ao previsto no articulo 41 da Lei 39/1989, do 28 de decembro, reguladora das Facendas Locais, haberían de cubrir como mínimo o custo do servizo ou da actividade realizada”. Tamén argumenta que tal conduta afecta ao interese público, xa que:

“afecta a toda una categoría de oferentes, los privados y no a una empresa individual y tanto en el presente como en el pasado ya que si una determinada explotación llevada a cabo por una institución pública recibe ayudas públicas resultará imposible que cualquier empresa privada, ya existente, ya de futura creación pueda concurrir en el mercado.”

- 7.- Segundo a DEPUTACIÓN, no 2002 o tránsito de pasaxeiro en todas as embarcacións foi de 3.954, mentres que o Pelegrín III –única embarcación utilizada na ruta de interese– transportou 1.747. No ano 2003, os pasaxeiro en todas as rutas foron 11.442, dos cales 2.381 foron transportados polo Pelegrín III e 8.048 polo barco monocasco.

No relativo aos ingresos, no 2002, os resultantes da actividade de todos os barcos foron 16.418 €; dos cales 7.344 € corresponderon ao Pelegrín III. No ano 2003, os ingresos totais foron 57.089 €, correspondendo 10.540 € ao Pelegrín III e 41.618,8€ ao barco monocasco. Os datos preséntanse na Táboa 1.

Táboa 1. Resultados da DEPUTACIÓN

Ano	2002	2003
Pasaxeiros totais:	3.954	11.442

P. do Pelegrín III	1.747	2.381
P. do Canón del Sil	-	8.048
P. do resto de catamaráns	2.207	1.013
Ingresos totais:	16.418	57.089
I. do Pelegrín III	7.344	10.540
I. do Canón del Sil	-	41.618
I. do resto de catamaráns	9.074	4.930

8.- Con data 24 de marzo de 2004 recibiuse no SDC novo escrito da denunciante achegando información aparecida no xornal La Voz de Galicia o 16 de marzo de 2004. Segundo esta información, no día anterior, a Comisión de Goberno da DEPUTACIÓN acordara, para a campaña 2004-2005, unha subida do prezo ordinario dos servizos obxecto do presente expediente a 9€. Esta decisión foi xustificada na necesidade de:

“interesar a los profesionales del sector turístico en la promoción de la actividad y recortar las diferencias de precios entre las embarcaciones del organismo provincial y las empresas privadas que trabajan en la zona”.

Segundo a denunciante, se a noticia publicada é certa:

“supondría un reconocimiento expreso por parte de la entidad pública denunciada de la infracción”.

9.- O 1 de xullo de 2005 a Directora Xeral do SDC acorda o arquivo da denuncia, ao “non se observar indicios racionais de condutas prohibidas pola LDC”, xa que, cando menos non existe afectación pública, pois “nin os competidores se viron expulsados do mercado, nin os consumidores viron minguada a súa capacidade de elección, nin se afectou de xeito significativo ao desenvolvemento regular do mercado”.

- 10.- O 22 de xullo de 2005 ten entrada no Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), da Administración Xeral do Estado, un escrito de recurso contra o arquivo ditado polo SDC. Con data 28 de xullo de 2005, o TDC recibe o informe preceptivo do SDC ao recurso anteriormente detallado. O SDC considera que as alegacións presentadas non desvirtúan o contido do Acordo de arquivo, polo que este se debería manter.
- 11.- O TDC, en resolución do 28 de xuño de 2006, estimou o recurso da denunciante, considerando necesario que o SDC procedera á investigación da conducta denunciada e da vantaxe competitiva que se puidera obter dela, analizando a súa posible magnitud e mais o seu alcance no mercado afectado, co obxectivo de establecer se os custos estimados e realmente incorridos pola DEPUTACIÓN respondían efectivamente ao servizo prestado, de xeito que se puidera determinar se o prezo cubría os custos de explotación ou, pola contra, estábase incorrendo en venta a perda. Así mesmo, a citada resolución sinalaba que se debía aclarar e cuantificar debidamente o uso de persoal das brigadas de mantemento da DEPUTACIÓN na prestación dos servizos de transporte de viaxeiros pola “Ruta dos encoros”.
- 12.- O 28 de xullo de 2006, o SDC –da Administración Xeral do Estado– remitiu o expediente ao SGDC por consideralo competencia dese organismo.
- 13.- Con data 15 de xaneiro de 2007, o SGDC acordou a admisión a trámite da denuncia presentada por Dª C. C. L., en nome e representación da mercantil HEMISFERIOS, S.L. contra a DEPUTACIÓN. En aplicación do artigo 37 da LDC, o Servizo levou a cabo os actos de instrución que estimou necesarios para o esclarecemento dos feitos e a determinación das responsabilidades, solicitando información á imputada. En concreto, e a partir das pautas fixadas polo TDC na súa resolución, o SGDC solicitou, en

escrito do 6 de febreiro de 2007, á Deputación Provincial de Lugo a seguinte información:

“1. Indiquen cales foron os ingresos e custos reais das rutas turísticas polo río Sil e os seus embalses, ofertadas pola Deputación Provincial nos anos 2002, 2003, 2004 e 2005. Estes datos deberán referirse, por separado, a cada unha das rutas turísticas, en cada ano dos sinalados.

Nos ingresos, deberá indicarse o número de pasaxeiros de cada temporada anual, a duración desta e o prezo dos billetes.

Nos custos deberán desglosarse, co maior detalle, os distintos conceptos (persoal, combustible, reparación e mantemento, etc.), indicando ademais cómo se calculan. Os gastos compartidos con outros servizos da Deputación (como os do persoal da Brigada de Mantemento), deberán computarse na proporción que corresponda.

2. Indiquen, nos casos de déficit, cómo se financiaron as perdas, con cargo a qué partidas dos orzamentos anuais da Deputación Provincial”.

14.- O 21 de febreiro de 2007, a DEPUTACIÓN remitiu unha información que o SGDC considerou insuficiente, polo que lle requiriu novamente, o 8 de marzo, para que facilitase os datos. Como consecuencia do requerimento a DEPUTACIÓN, mediante escrito de data 30 de marzo de 2007, ampliou a información achegada inicialmente.

15.- Con data 7 de maio de 2007, o SGDC remitiu á denunciante copia das alegacións presentadas pola DEPUTACIÓN, co obxecto de que manifestara o que considerara conveniente, sen que HEMISFERIOS, S.L. presentara alegación algunha no prazo de 10 días establecido polo artigo 32.1 LDC nin con posterioridade, ata a data na que o SGDC elaborou a súa proposta de sobreseamento.

- 16.– Á vista da información recollida e ao abeiro do disposto no artigo 37.4 LDC, o 13 de xuño de 2007, o SGDC formula ao TGDC proposta de sobreseamento do expediente 10/2006, por non quedar acreditada a existencia de prácticas contrarias á LDC.
- 17.– No prazo de 10 días que establece o artigo 37.4 da LDC (entrada do seu escrito en correos o 26 de xuño de 2007), HEMISFERIOS, S.L. presenta un escrito de alegacións, no que basicamente indica que os prezos aplicados pola DEPUTACIÓN no 2002 e seguintes eran inferiores aos que aplicou nos anos 1993 e 1994 e inferiores aos que, dende o ano 1996, viña aprobando para as empresas que operaban na ruta dos embalses pola súa conta; ademais sinala a escasa desagregación dos gastos incorridos pola DEPUTACIÓN nos traxectos fluviais.
- 18.– O 4 de xullo de 2007, o SGDC solicita á DEPUTACIÓN diversa información complementaria esencialmente relacionada coa desagregación por conceptos dos gastos do “Canón do Sil” que aparecen no balance económico. Esta mesma información foi sucesivamente solicitada: o 28 de setembro, 25 de outubro, 12 de novembro e 27 de decembro de 2007. O 25 de outubro, ademais, ditouse providencia de suspensión do procedemento, a causa da demora da DEPUTACIÓN en achegar a información solicitada.
- 19.– Con data 30 de xaneiro de 2008, o SGDC recibiu preto de 2.000 folios de documentación procedentes da DEPUTACIÓN. O 15 de febreiro ditou providencia pola que levantaba a suspensión e reiniciaba as actuacións e o cómputo do prazo de instrución do expediente. A documentación remitida pola denunciada:
- a. Incluía documentación xustificativa dos gastos globais dos anos 2002, 2003, 2004 e 2005 das rutas turísticas dos embalses, sen desagregar, xa que no escrito de remisión se indicaba que *“a conta de gastos é unha conta única para a actividade e non está detallada por embarcacións ou rutas”*

turísticas".

- b. Soamente permite acreditar que: "*No embalse de Santo Estevo, no ano 2002, produciuse un déficit na explotación da ruta de 4.313 €. Nese ano só puido utilizarse o Pelegrín III, xa que o Canón do Sil permaneceu fondeado e sen prestar servizo todo o ano. Para as catro rutas dos embalses nas que operan as embarcacións da Deputación Provincial, consideradas en conxunto, os resultados foron: en 2002, un déficit de 18.553,43 €; en 2003, un superávit de 71,64 €; e en 2004 un déficit de 73.774 €. Da explotación da embarcación monocasco Canón do Sil, segundo os cálculos achegados pola Deputación, obtivéronse beneficios nos anos 2003 (6.230,38 €); 2004 (5.692,60 €) e 2005 (382,58 €). Estes resultados servirían para equilibra-las perdas noutras rutas, nas que non existe competencia privada e que se manteñen abertas para contribuír ó desenvolvemento económico das zonas afectadas".*

20.- Á vista da información recollida e ao abeiro do disposto no artigo 37.4 LDC, o 29 de febreiro de 2008, o SGDC formulou ao TGDC proposta de sobreseimento do expediente 10/2006, por non quedar acreditada a existencia de prácticas contrarias á LDC.

21.- Con data 11 de marzo de 2008, D.^a C. C. L., en nome e representación de HEMISFERIOS, S.L., presentou recurso contra o acordo de sobreseimento, con arquivo das actuacións, acordado polo SGDC.

22.- O 28 de marzo de 2008, o TGDC solicitou o expediente ao SGDC, xunto co informe previsto no artigo 48.1 LDC, que lle foron remitidos o 7 de abril de 2008.

23.- O TGDC ditou Providencia o 15 de abril de 2008, na que comunicaba aos interesados a admisión a trámite do recurso e a designación do relator, conforme ao artigo 48.3 LDC, que resultaba

de aplicación en virtude da Disposición transitoria primeira da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de Defensa da Competencia, informándolles que durante un prazo común de quince días hábiles, a contar desde o seguinte ao da notificación da citada Providencia, podían ver o expediente, formular as alegacións e presentar os documentos e xustificacións que estimasen pertinentes.

- 24.- Con data 23 de abril de 2008, a representación legal de HEMISFERIOS, S.L, procedeu a efectuar a vista do expediente, obtendo as copias que estimou oportunas e, coa mesma data, solicitou ampliación de prazo, que lle foi concedida ás dúas partes interesadas, mediante Providencia de 6 de maio de 2008, por un período de oito días hábiles a partir da expiración do prazo inicialmente concedido.
- 25.- O 6 de maio de 2008, o presidente da DEPUTACIÓN presenta alegacións, nas que reafirma que:
- a. En ningún momento o citado organismo incorreu na vulneración da normativa da competencia.
 - b. Durante os anos de explotación do servizo de transporte fluvial polas empresas privadas, as embarcacións e as instalacións de amarre non estaban correctamente vixiadas e mantidas, producíndose un deterioro continuo dos grupos propulsores dos barcos.
 - c. Se a DEPUTACIÓN quixera expulsar a HEMISFERIOS S.L. do mercado non precisaría incorrer en venda a perda, senón que lle sería suficiente "*non lle permitir a utilización das instalacións en terra, propiedade da Deputación e indispensables para a prestación do servizo*".
 - d. A DEPUTACIÓN non se involucrará en ningunha guerra de prezos con empresas privadas, xa que se fora preciso iniciaría os trámites oportunos para "*a prestación do servizo en réxime de*

monopolio segundo o disposto nos arts. 86 da Lei 7/1985 e 97 do Real Decreto Lexislativo 781/1986'.

- 26.- Con data 16 de maio de 2008 a representación legal de HEMISFERIOS, S.L., presentou as súas alegacións, nas que en síntese, sinala que o SGDC debería ter tomado en consideración:
- a. O actuado e concluído na tramitación efectuada perante os órganos da Administración Xeral do Estado, o SDC e o TDC. Dun xeito expreso cita os Fundamentos Xurídicos 6º, 7º e 8º, así como o punto primeiro da parte dispositiva da Resolución do TDC recaída no caso (Expt. r 663/05. *Transporte Viajeros Lugo*. Resolución do 26 de xuño de 2006), facendo diversas consideracións sobre os custos da actividade desenvolvida pola DEPUTACIÓN, incluíndo un apartado relativo aos custos non contabilizados.
 - b. A falta de xustificación do xeito en que se fixaron os custos para o exercicio 2004.
 - c. As demoras na que incorreu a DEPUTACIÓN no subministro da información e a non imputación de certos custos procedentes doutros servizos da Deputación que son empregados.
 - d. A inexistencia de datos suficientes que permitan efectuar a atribución dos custos á ruta concreta de interese, o que xera unha dúbida razoable sobre os resultados contabilizados.
 - e. A intencionalidade da DEPUTACIÓN de expulsar á denunciada do mercado dada a vulneración do procedemento de fixación dos prezos públicos.
 - f. O feito de que a empresa HEMISFERIOS, S. L. non fora expulsada do mercado non é razón para decidir o sobreseimento do expediente.

g. A aplicación anticompetitiva de axudas públicas.

27.- O Pleno do Tribunal deliberou e pronunciouse neste asunto na súa reunión celebrada o 27 de xaneiro de 2009.

28.- Son interesados:

- Hemisferios, S. L.
- Deputación Provincial de Lugo.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

PRIMEIRO.- De acordo co establecido na Disposición transitoria primeira, apartado 1, da Lei 15/2007, de 3 de xullo, de Defensa da Competencia, os procedementos sancionadores en materia de condutas prohibidas incoados antes da entrada en vigor desta Lei se tramitarán e resloverán con arreglo ás disposicións vixentes no momento do seu inicio.

Na medida en que esta circunstancia concorre no presente expediente, procede a súa tramitación conforme ao procedemento establecido na Lei 16/1989, de 17 de xullo, de Defensa da Competencia (en adiante, LDC).

SEGUNDO.- O artigo 47 da citada Lei 16/1989 sinala que os actos do Servizo que decidan directa ou indirectamente sobre o fondo do asunto, determinen a imposibilidade de continuar un procedemento ou produzan indefensión ou prexuízo irreparable a dereitos ou intereses lexítimos, serán recorribles ante o Tribunal.

TERCEIRO.- No recurso presentado pola mercantil HEMISFERIOS, S.L., a cuestión que este Tribunal debe dilucidar é se está de acordo co acordado polo Servizo e, por tanto, desestima a

petición do recorrente, ou revoca dita decisión de sobreseimiento con arquivo de actuacións, estimando o recurso, por considerar que existen indicios dunha conduta da DEPUTACIÓN contraria á LDC, polo que se debe seguir investigando a súa actuación.

CUARTO.- A denuncia de HEMISFERIOS S.L. contra a DEPUTACIÓN realizaase por presuntas condutas prohibidas pola LDC, consistentes na aplicación de prezos por debaixo dos custos na explotación do servizo de transporte de viaxeiros pola “Ruta dos Encoros”, o que supoñería, a xuízo da denunciante, a realización de actos de competencia desleal, prohibidos polo artigo 7 LDC.

QUINTO.- Para a resolución axeitada do expediente, o TGDC entende que resulta conveniente diferenciar os seguintes aspectos:

1. Crenza sobre a conveniencia, e legalidade, de que as Administracións Públicas realicen actividades no mercado cando opera tamén a iniciativa privada.
2. Sometemento das condutas denunciadas á Lei de Defensa da Competencia.
3. Cualificación das condutas denunciadas como comportamentos desleais con afectación ao interese público.

SEXTO.- A primeira cuestión relaciónase coa argumentación da denunciante de que se unha institución pública realiza a explotación dunha determinada actividade e recibe axudas públicas para iso,

“resultará imposible que cualquier empresa privada, ya existente, ya de futura creación pueda concurrir en el mercado”.

Esta idea da denunciante parece asumir de modo implícito a crenza normativa de que a oferta de servizos polas Administracións Públicas só estaría xustificada cando a iniciativa privada non cubre a demanda dun xeito adecuado. Doutro modo e dado que en xeral –segundo a súa apreciación– tal prestación de servizos implica algún tipo de axuda pública, se producirán situacións de abuso e de competencia desleal.

Fronte á crenza anterior, o TDC sinala que a provisión dun servizo polos organismos públicos, en réxime de competencia coa iniciativa privada, ten amplio apoio xurisprudencial cando tal servizo ten utilidade pública, se oferta dentro do termo territorial correspondente e en beneficio dos seus habitantes (Exp. R 592/03, Centros Deportivos Castellón). Pola súa banda, nun recurso que trataba sobre a actuación dos Concellos nun mercado no que estaba presente a iniciativa privada, a Sentenza nº 763/2003, do 23 maio, do Tribunal Superior de Xustiza da Comunidade Valenciana (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), recolle o seguinte:

“... junto con el art. 38, la Constitución (RCL 1978, 2836) consagra asimismo la iniciativa pública en la actividad económica. Esa iniciativa pública, es verdad, no equivale a reserva al sector público, recogida en el art. 128.2. Pero también es verdad que ambas iniciativas económicas, pública y privada, coexisten en la Constitución.

El modelo económico diseñado por ésta es un modelo amplio, en realidad un simple marco, donde caben diversas alternativas. Por supuesto, los poderes públicos podrían

eventualmente optar por actuar de forma directa en la vida económica sólo cuando la iniciativa privada no exista o sea insuficiente, de acuerdo con el llamado principio de subsidiariedad. Pero este principio, por mucho que sea invocado por el TDC en las resoluciones traídas a estos autos por la actora, carece de rango constitucional; de forma que los poderes públicos pueden perfectamente ejercitar iniciativas económicas dentro del mercado, en competencia con las empresas privadas, aun cuando la oferta privada sea suficiente o adecuada, al menos desde la perspectiva de los principios de la Constitución económica. Así, la STS de 24-5-84 (RJ 1984, 3132) afirma significativamente que no existe una única economía de mercado (un modelo único), sino varias. Y la STS de 10-10-89 (RJ 1989, 7352) afirma expresamente que nuestra Constitución se ha apartado del principio de subsidiariedad.”

Xa que logo, o que dun xeito concreto ten que se considerar é se a actuación da DEPUTACIÓN se realizou no ámbito das súas propias prerrogativas e conforme á Lei.

Segundo o artigo 109.1 da Lei 5/1997, do 22 de xullo, de Administración Local de Galicia, relativo as competencias propias das Deputacións provinciais, estas serán as que baixo este concepto lles atribúan as Leis, exercéndose tales competencias en réxime de autonomía. O apartado d) dese mesmo artigo recolle, entre tales competencias:

“En xeral, o fomento e a administración dos intereses peculiares da provincia”.

Pola súa parte, a DEPUTACIÓN argumenta que a súa oferta de servizos de transporte de viaxeiros pola “Ruta dos Encoros” ten por obxectivo:

“impulsar e promove-lo desenvolvemento das zonas ribeiras dos embalses”,

para o cal goza de lexitimidade, xa que é competencia propia da DEPUTACIÓN:

“a cooperación no fomento do desenvolvemento económico e social da provincia” (artigo 36.1.d. da Lei 7/1985, de Bases de Réxime Local e artigo 109.1.d. da Lei 5/1997, de Administración Local de Galicia).

No caso examinado ademais, e segundo indica a DEPUTACIÓN, a oferta do servizo estaría xustificada xa que a provisión realizada pola empresa privada concesionaria non acadaba os obxectivos buscados e, mesmo, puxo en perigo a sostenibilidade e mantemento das embarcacións e instalacións.

Así descrita, a actividade da DEPUTACIÓN semella unha actuación orientada a favorecer o desenvolvemento turístico da zona e dar uso a uns medios de transporte existentes que, doutro xeito, se deteriorarían sen proporcionar ningunha utilidade. Ao facelo con cargo a prezos públicos, segundo a intencionalidade manifestada pola propia DEPUTACIÓN, actúa fomentando o interese xeral.

En calquera caso, e no relativo a este punto, o TGDC debe sinalar que, tal como indicou o TDC na súa Resolución do 4 de novembro de 2005 (Expte. r 653/04, *Deportes Álava*):

“...es competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa todo lo relativo a la acreditación acerca de la necesaria ‘utilidad pública’ declarada para aquellos servicios que la Administración Pública puede prestar en régimen de concurrencia con la iniciativa privada...”.

Polo tanto, a tal instancia contencioso-administrativa debería, no seu caso, recorrer a denunciante para dilucidar sobre esta cuestión.

Para rematar este punto, o TGDC considera de interese manifestar o seu acordo coa visión do Tribunal de Defensa da Competencia (TDC), cando manifesta:

"la deseabilidad de que las Administraciones Locales cumplan cuanto está legalmente dispuesto sobre la motivación de sus intervenciones en el mercado (oportunidad y conveniencia) y sobre la fijación de precios públicos",

así como que tales Administracións conten:

"con la iniciativa privada para dotar de mayor alcance y de mayor eficiencia a los múltiples objetivos de su actuación (R 653/04 Deportes Álava)".

- SÉTIMO.-** A segunda cuestión a examinar refírese ao sometemento das condutas denunciadas á Lei de Defensa da Competencia (LDC).

A xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da UE e mais as resolucións do TDC (entre outras, a correspondente ao expediente r 673/05, Deportes de Valladolid) sinalan que calquera actividade consistente en ofrecer bens ou servizos nun determinado mercado constitúe unha actividade económica e que:

"el hecho de que una actividad pueda ser ejercida por una empresa privada constituye un indicio suplementario que permite calificar la actividad en cuestión como actividad empresarial".

Cando unha actividade é económica, élle aplicable a LDC, xa que esta normativa é de aplicación xeral a toda a actividade económica, sen excepcións sectoriais. Polo tanto, todos os operadores, privados e públicos, deben respectar a LDC nas súas actuacións no mercado. Neste punto tamén resulta pertinente a afirmación do TDC de que:

“El Derecho Administrativo no es el único derecho que regula toda la actividad de la Administración Pública.” (Expte. r 572/03, Servizos Deportivos Logroño).

Consecuentemente, cando a DEPUTACIÓN oferta os servizos de transporte de viaxeiros pola “Ruta dos Encoros”, actúa como operador económico nese mercado, quedando xa que logo sometida ás prescripcións da LDC. Así pois, o TGDC é competente para avaliar a súa conduta á luz da LDC.

- OITAVO.-** Dada a actuación da DEPUTACIÓN como operador económico, cómpre avaliar se a súa conduta supón unha infracción do artigo 7 LDC, tal e como sinala HEMISFERIOS e, polo tanto, en que medida se verifican as circunstancias necesarias para a infracción do citado artigo. Tales son que a conduta denunciada:
- a. Sexa desleal, e
 - b. Se cumpran dúas condicións adicionais: (i) o acto desleal distorsione gravemente as condicións de competencia no mercado e (ii) esa grave distorsión afecte ao interese público.

De feito, como sinala reiteradamente o propio TDC, o artigo 7 non ten por obxecto reprimir calquera tipo de deslealdade nin protexer, directamente, os intereses dos competidores

prexudicados. Diso encárgase a Lei 3/1991, do 10 de xaneiro, de Competencia Desleal (en diante, LCD).

NOVENO.- A análise da denunciada conduta desleal da DEPUTACIÓN pódese realizar segundo dous enfoques alternativos. O primeiro comeza avaliando se tal conduta infrinxe algúns dos artigos da LCD para logo examinar, no seu caso, se ten capacidade para distorsionar gravemente as condicións de competencia e afectar ao interese público. O segundo comeza avaliando se tal conduta ten capacidade para distorsionar e afectar o interese público para logo examinar, no seu caso, se infrinxe algúns dos artigos da LCD. Aplicaremos o primeiro enfoque dado que permite unha avaliación máis ampla do expediente e, sobre todo, acolle a análise da información económica, resaltada na resolución do TDC.

CONDUTA DESLEAL

DÉCIMO.- Na denuncia de HEMISFERIOS contra a DEPUTACIÓN pódense identificar varias condutas constitutivas, dun modo hipotético, de competencia desleal, correspondentes a diferentes períodos temporais:

a. Anos 2002 e 2003. A conduta denunciada por HEMISFERIOS S.L. é a suposta venda por baixo do custo realizada pola DEPUTACIÓN na ruta do encoro de Santo Estevo.

b. Anos 2004 e 2005. A conduta denunciada é a fixación do prezo do transporte fluvial sen respectar o procedemento establecido.

Primeiro analízase a denuncia correspondente ao segundo período pola súa menor complexidade.

DÉCIMO**PRIMEIRO.- Conduta desleal durante os anos 2004 e 2005 derivada da violación de normas (art. 15 LCD).**

Situados no período 2004–2005, HEMISFERIOS denuncia o acordo do 25 de marzo de 2004, da Xunta de Goberno da DEPUTACIÓN, polo que esta incrementou os prezos do transporte fluvial para a temporda 2004–2005 co obxectivo de:

“recortar diferenzas de prezos entre as embarcacións da deputación e as embarcacións das empresas privadas que traballan na mesma zona”.

Segundo a denunciante, o procedemento utilizado pola DEPUTACIÓN para modificar os prezos infrinxiu a normativa, xa que non hai estudo previo dos custos.

Xa que logo, neste período non se denuncia que os novos prezos establecidos sexan insuficientes para cubrir os custos e que se venda a perda, xa que o novo prezo de 9 € para o billete ordinario adultos se pode pensar que ten potencial para cubrir os custos de explotación. Esta conclusión vería referendada por dous feitos:

- (i) De acordo cos datos proporcionados pola DEPUTACIÓN, no ano 2004, xa cos novos prezos, o superávit foi de 5.692,60 €, e no ano 2005, de 382,58 €, e
- (ii) Segundo o estudo encargado pola denunciante a un auditor de contas independente, este estima que no 2003, para cubrir os custos sen obter ningún beneficio nin incorrer en perdidas, o prezo do billete tería que ser de 7,12 €.

Dito o anterior, pódese sinalar -á luz dos datos sobre custos e prezo- que, aínda no caso de que tal conduta constituíse unha infracción administrativa, non existen indicios de que tal acto dera lugar a unha vantaxe competitiva significativa, condición necesaria para que a infracción normativa poida ser cualificada de competencia desleal.

DÉCIMO

SEGUNDO.- Conduta desleal durante os anos 2002 e 2003.

No 2002, o catamarán Pelegrín III, propiedade da DEPUTACIÓN, rivalizou coa embarcación "Accua 2", propiedade de HEMISFERIOS, S.L. e, no 2003, o monocasco "Canón do Sil" e o catamarán Pelegrín III (este último só de xeito excepcional), ambos da DEPUTACIÓN, competiron co "Accua 2". Como sinala o SGDC: "*é nesta ruta na que debe centrarse a investigación*".

Segundo a denunciante, na actuación da DEPUTACIÓN habería un incumprimento de normas sobre prezos públicos, conduta que supón unha violación do artigo 15 da LCD, que reputa desleal a violación de normas. Ademais, dada a natureza do feito denunciado, este poderíase examinar tamén no ámbito do artigo 17 LCD, que prohíbe a venda a perda baixo certos supostos, e no artigo 5 LCD sobre a cláusula xeral.

A DEPUTACIÓN responde que non existiu tal fixación de prezos por baixo dos custos e aporta unhas cifras de resultados específicos para esa ruta nos dous anos considerados (ver Táboa 2).

Táboa 2. Síntese de resultados da DEPUTACIÓN na ruta de Santo Estevo, segundo a información proporcionada por ela mesma

Ano	Resultado económico
2002	- 4.313 €
2003	+ 6.230 €
2004 (Cambio de prezos en marzo)	+ 5.692 €
2005	+ 382 €

Agora ben, da información recollida no propio expediente parece clara a existencia dunha incoherencia entre as afirmacións da DEPUTACIÓN de que os resultados da ruta específica acadan unhas determinadas cantidades, que se indican, e o feito de que o sistema contable, tamén tal como se indica, non permita calcular o resultado específico de cada unha das rutas e non se fagan imputacións específicas.

Así, no certificado do secretario da DEPUTACIÓN, os resultados da ruta fluvial examinada non están desglosados, sinalando únicamente que a DEPUTACIÓN oferta o servizo de transporte fluvial nos 3 encoros previamente citados e que tal servizo global contabilizou un déficit de 18.553,43 € no ano 2002; un superávit de 71,64 € en 2003; e un déficit de 73.774 € en 2004. Na Táboa 3 amósase unha síntese dos resultados da DEPUTACIÓN, mentres que na Táboa 4 recóllense os conceptos de custo utilizados pola mesma, así como as contías correspondentes ás 3 rutas fluviais.

Táboa 3. Resultados da DEPUTACIÓN

Conceptos	DEPUTACIÓN	
	2002	2003
Pasaxeiros totais	3.954 (6.000)	11.442 (11.100)

Pasaxeiros ruta de S. Estevo	1.747*(2.500)*	8.048**(7.000)**
Prezo medio de todas as rutas	4,15	4,99
Prezo medio da ruta de S. Estevo		
Ingresos totais	16.418,0	57.089,0
Ingresos ruta S. Estevo	7.344,0*	41.618,8**
Gastos reais totais	34.971,4	57.017,3
Gastos reais ruta S. Estevo		
Resultado	- 18.553,4	72,0
Marxe		0,12%

* Só para o Pelegrín III.

** Só para o barco Canóns do Sil, dado que a DEPUTACIÓN indica que foi o que cubriu esa ruta, áinda que excepcionalmente tamén o fixera o catamarán.

Táboa 4. Custos da DEPUTACIÓN

	Ano 2002		Ano 2003	
	Custo Real	Custo Presupostado	Custo Real	Custo Presupostado
Persoal	10.171,7	10.200	25.429,3	25.500
Combustible	1.525,1	2.500	10.834,9	11.004
Seguros	9.900,0	10.000	13.753,0	14.000
Mantemento	13.342,0	3.500	7.000,0	7.000
TOTAL	34.971,4	26.200	57.017,3	57.504

DÉCIMO

TERCEIRO.- Conduta desleal durante os anos 2002 e 2003 derivada da cláusula xeral (art. 5 LCD).

Non procede a consideración da cláusula xeral nos casos nos que a conduta denunciada encaixa en todos os seus aspectos en calquera dos actos que merecen un tipo propio.

Así o sinala a Audiencia Provincial de Ourense (Sección 2ª), na súa Sentenza, do 10 maio de 2004, cando afirma:

“En definitiva, el recurso al artículo 5 de la LCD obliga a descartar previamente la posibilidad de que se encuadre la conducta en uno de los tipos concretamente contemplados en los artículos 6 a 17, de tal manera que, sólo una vez superado este análisis, es posible entrar en la valoración de la buena o mala fe del competidor sometido a censura. En ese sentido, se manifiesta la sentencia de 16 de junio de 2000 (RJ 2000, 5288) al afirmar que la cláusula general del artículo 5 de la LCD trata de prohibir todas aquellas actuaciones de competencia desleal que no encajan en las que expresamente tipifica como tales la Ley en sus arts. 6 a 17.

Sobre la base anterior debe analizarse qué concreto acto de la demandada es considerado por la actora como contrario a las normas sobre buena fe y en ese sentido la demanda señala que se trata simplemente de la aprobación de unos precios inferiores a los normales del mercado. La mera lectura del supuesto permite indudablemente su subsunción, en su caso, en las disposiciones del artículo 17 que alude expresamente a la venta a pérdida integrada por la venta a precios inferiores al coste y en ese caso, sólo será competencia desleal la utilización de la venta a pérdida en los supuestos contemplados en el artículo 17, no en todos. Así las cosas, no cabe aludir a los postulados de la buena fe para calificar determinada conducta como desleal por el hecho de que el precio de intercambio del bien o servicio sea inferior al normal pues tal situación ya tiene su propia tipificación.”

DÉCIMO

CUARTO.- Conduta desleal durante os anos 2002 e 2003 derivada da violación de normas (art. 15 LCD).

O art. 15 LCD, sobre violación de normas, ten dous apartados:

“1. Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa.

2. Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial.”

Consecuentemente, unha conduta que viole unha norma que teña por obxecto a regulación da actividade concurrencial debería ser cualificada como desleal, mentres que se a norma infrinxida non ten por obxecto regular a actividade competitiva, para cualificala como desleal será preciso que a infractora se beneficie da vantaxe competitiva resultante e que a vantaxe así obtida sexa significativa.

Segundo a STS 16 de junio de 2000, que interpreta o artigo 15 nun sentido rigurosamente formalista, do apartado segundo:

“lo importante es el contenido de la norma -y no su forma-. Lo determinante es que tenga “por objeto” la regulación de la actividad comercial. Y este ‘objeto’ debemos entenderlo como objeto directo y no indirecto o reflejo, pues de lo contrario no podría sostenerse la naturaleza privada del acto desleal que ha de considerarse como un ‘prius’ de la Ley para establecer el conocimiento de estos asuntos por la jurisdicción civil.”

Dado que a norma referida pola denunciante –Lei 39/1988, do 28 de decembro, Reguladora das Facendas Locais– non ten como obxectivo a regulación da actividade

concurrenceal, o apartado do art. 15 relevante para a nosa análise é o 1º. As cuestións a examinar son, en consecuencia, as seguintes:

- a. Os prezos fixados pola DEPUTACIÓN constitúen infracción de leis?
- b. No caso de que exista infracción de leis, prevaleuse a DEPUTACIÓN da vantaxe competitiva derivada de tal infracción?
- c. No caso de que exista infracción de leis e que a DEPUTACIÓN se prevalera da vantaxe competitiva derivada da infracción, a vantaxe era significativa?

DÉCIMO

QUINTO.- A suposta infracción da DEPUTACIÓN vincúlase, segundo a denunciante, á Lei 39/1988, Reguladora das Facendas Locais, e más en concreto ao incumprimento do seu punto 1 do artigo 45 (artigo 44 do Real Decreto Lexislativo 2/2004, do 5 de marzo, que aproba o texto refundido da Lei Reguladora das Facendas Locais), que versa sobre a contía dos prezos públicos. Tal punto ten os dous apartados seguintes:

“1. El importe de los precios públicos deberá cubrir como mínimo el coste del servicio prestado o de la actividad realizada.

2. Cuando existan razones sociales, benéficas, culturales o de interés público que así lo aconsejen, la Entidad podrá fijar precios públicos por debajo del límite previsto en el apartado anterior. En estos casos deberán consignarse en los presupuestos de la entidad las dotaciones oportunas para la cobertura de la diferencia resultante si la hubiere.”

A denunciante centra o seu argumento no punto 1, e aínda que o punto 2 tamén podería ser relevante á cuestión examinada, o feito de que, tal e como se recolle no expediente, a propia DEPUTACIÓN subliñe que ao fixaren os prezos o seu obxectivo era “equilibrar gastos e ingresos e non de obter beneficio económico”, lévanos a centrar a argumentación nese punto 1.

A cuestión a avaliar é se a DEPUTACIÓN fixou uns prezos para o servizo de transporte fluvial con capacidade para cubrir os custos totais de tal servizo. Ou, alternativamente, dados uns custos totais estimados –calculados coa metodoloxía establecida previamente e baseados en supostos razonables–, os prezos fixados podían cubrilos?

DÉCIMO

SEXTO.- Dos datos dispoñibles no expediente resulta:

- (i) A non consignación pola DEPUTACIÓN, en 2002 e 2003, de dotacións no orzamento para a cobertura das perdas resultantes no servizo de transporte fluvial, o que resulta indicativo da súa intencionalidade de cubrir os custos do servizo.
- (ii) A delegación á Comisión de Goberno da DEPUTACIÓN do establecemento e modificación do prezo público regulador das rutas turística fluviais, segundo certificado do secretario.
- (iii) O equilibrio entre os ingresos e custos nas propostas de tarifas para os anos 2002 e 2003. Na documentación amósase que, segundo os cálculos realizados, as tarifas propostas –6 € para o billete ordinario; 4 € para o reducido, e 5 € para grupos e axencias– son suficientes para cubrir os custos considerados (combustible, seguros, persoal e mantemento) e xerar un resultado

nulo. O feito de que no ano 2002 o resultado fora negativo se podería explicar como consecuencia das circunstancias sufridas polos encoros nese ano.

- (iv) O respecto das propostas de novas tarifas á Lei 39/1988, Reguladora de Facendas Locais, segundo informe asinado polo interventor.
- (v) A aprobación, pola Comisión de Goberno, das tarifas propostas para o servizo de transporte fluvial.

DÉCIMO**SÉTIMO.-**

Consecuentemente, a DEPUTACIÓN seguiu o procedemento establecido e as propostas de tarifas respectan o punto 1 do artigo 45 da Lei 39/1988, Reguladora das Facendas Locais. Dende a perspectiva do TGDC, os cálculos realizados para determinalas están baseados en supostos razonables sobre o número de pasaxeiros a transportar e a contía dos custos considerados -os mesmos que se tiveron en conta nos cálculos realizados no ano 1993, primeiro no que se realizou o servizo. Esta actuación non indica infracción da norma considerada.

Por outra banda, na súa Sentenza do 10 maio de 2004, a Audiencia Provincial de Ourense (Sección 2^a) sinala que a LCD, no seu artigo 15 considera que:

“La infracción ha de otorgar alguna ventaja de la que no puede disponer el perjudicado por el acto desleal, ello precisamente porque cumple la norma en cuestión. La discriminación, en consecuencia, aparece por el incumplimiento de una parte y el cumplimiento de la contraria, lo que supone la obtención de la correspondiente ventaja. Se exige, en consecuencia, que ambas partes, ambos competidores, se encuentren idealmente en un plano de igualdad en lo que al cumplimiento de la normativa se

refiere y es ese distinto cumplimiento el que otorga la ventaja correspondiente. [...] La normativa contenida en el artículo 15 descansa en una situación de igualdad formal entre los competidores de ahí que parta simplemente de una infracción normativa en el desarrollo de la actividad...".

DÉCIMO

OITAVO.- Posto que non existe infracción de leis, no ten sentido examinar as outras dúas condicións para a existencia dunha conduta desleal, é dicir, que a infracción dera lugar a unha vantaxe competitiva significativa e que o operador económico se prevalera dela na súa actuación no mercado.

DÉCIMO

NOVENO.- Conduta desleal durante os anos 2002 e 2003 derivada de venda a perda (art. 17 LCD).
A denunciante tamén argumenta que, nos anos 2002 e 2003, a DEPUTACIÓN realizou venda a perda e que, ademais, o fixo coa intención de eliminar aos competidores ou imposibilitarles a entrada no mercado para ofrecer o servizo de transporte fluvial. Dada a imputación, a conduta ten que ser examinada á luz do artigo 17 LCD.

O artigo 17 LCD, relativo á venta a perda, indica que:

"1. Salvo disposición contraria de las leyes o de los reglamentos, la fijación de precios es libre.

2. No obstante, la venta realizada bajo coste, o bajo precio de adquisición, se reputará desleal en los siguientes casos:

a) Cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento.

b) Cuando tengan por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajeno.

c) Cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado."

Dado que non existe ningún indicio de que a conduta denunciada puidera inducir a erro aos consumidores ou desacreditara a imaxe de HEMISFERIOS, é dicir, que puidera infrinxir os apartados a) e b), a análise centrarse no apartado c), correspondente a venda a perda como parte dunha estratexia encamiñada a eliminar a un competidor ou grupo de competidores do mercado.

A infracción do artigo 17.2.c) esixe probar que:

- (i) O prezo do servizo de transporte fluvial fixado na ruta de San Estevo foi inferior ao custo de explotación realmente incorrido pola DEPUTACIÓN e
- (ii) A suposta venda a perda forma parte dunha estratexia encamiñada a eliminar a un competidor ou grupo de competidores do mercado.

VIXÉSIMO.- Venda realizada baixo custo.

Como xa se ten dito, a denunciante sinala que os prezos fixados pola DEPUTACIÓN, tanto en 2002 como en 2003, son insuficientes para cubrir os custos do servizo de transporte fluvial e que, como consecuencia, os resultados obtidos por esa Administración en ámbolos dous anos, de feito son perdas, se ben a incompleta contabilización dos custos fai que a DEPUTACIÓN poida presentar no ano 2003 un resultado positivo. Noutras palabras, en termos reais, a DEPUTACIÓN neses dous anos vendeu baixo custo.

Os fundamentos para tal conclusión son basicamente catro:

- (i) Os propios resultados indicados no 2002 pola DEPUTACIÓN na ruta de Santo Estevo.

(ii) O feito de que os prezos aplicados nos anos 2002 e 2003 foran inferiores ás tarifas que a DEPUTACIÓN aprobara en anos anteriores.

(iii) Os conceptos de custo utilizados pola DEPUTACIÓN que obran no expediente. Así, segundo a denunciante:

“De los datos que obran en el expediente se evidencia la ausencia de una imputación correcta de los costes del servicio, tanto en costes de personal, como de combustible, como de reparación y mantenimiento u otros más”.

(iv) Os resultados dun estudo sobre os seus propios custos.

VIXÉSIMO

PRIMEIRO.- Cando se examina o establecemento das tarifas para os recorridos fluviais realizada pola DEPUTACIÓN, o primeiro que se observa é que os cálculos non se realizan para cada ruta de xeito independente: os ingresos son consecuencia dun mesmo prezo para todas as rutas e os custos son globais para as 3 rutas. Como consecuencia, se ben é posible coñecer os ingresos para cada ruta, non sucede o mesmo para os custos, polo que os resultados na ruta considerada só poden ser calculados en base a criterios de asignación establecidos posteriormente.

Co propio sistema de contabilización utilizado pola DEPUTACIÓN, e a partir dos datos proporcionados por esa institución, resulta que:

(i) O servizo de transporte fluvial global nos 3 encoros tivo un resultado negativo en 2002, o que podería indicar que a DEPUTACIÓN realizou venta a perda ese ano nas 3 rutas e, en particular, na do encoro de Santo Estevo.

- (ii) O servizo de transporte fluvial global nos 3 encoros tivo un resultado lixeiramente positivo en 2003, e dado que a ruta do encoro de Santo Estevo é a más atractiva e rendible das tres –tal como indica a propia información do expediente sobre o número de pasaxeiros transportados e o feito de que a denunciante só opere nela–, pódese concluír que no 2003 e en base ao sistema contable da DEPUTACIÓN, a ruta de Santo Estevo non tivo resultados negativos.
- (iii) A apreciación da denunciante de que, no 2003 coma no 2002, non se contabilizaron todos os custos podería modificar o sentido do resultado da DEPUTACIÓN, de modo que, na realidade, no 2003, tivera perdas en lugar de beneficio. Un aspecto que dificulta esta apreciación é o feito de que a ruta de S. Estevo compense os resultados obtidos nas outras dúas, de menor interese turístico.

VIXÉSIMO

SEGUNDO.– Respecto ao feito de que os prezos aplicados nos anos 2002 e 2003 foran inferiores ás tarifas que a DEPUTACIÓN aprobara en anos anteriores, aínda que resulta algo sorprendente, podería explicarse polo feito de ser consecuencia dunha lóxica de actuación diferente dos dous operadores: un busca lexitimamente un lucro, mentres que o outro, non. Máis alá desta argumentación xenérica, a DEPUTACIÓN explícaoa en base a que se produciu unha reorganización dos servizos: no ano 2002 destinouse á Brigada de Mantemento da Deputación Provincial como apoio para o desenvolvemento das actividades náuticas, o que permitiu un importante aforro en gastos de persoal.

VIXÉSIMO

TERCEIRO.– No que atinxe á insuficiente contabilización de conceptos de custo relevantes, resulta evidente, cando se comparan os conceptos recollidos no estudo do auditor contratado por

HEMISFERIOS e os recollidos nos estudos para o establecemento de tarifas pola DEPUTACIÓN, que esta última non inclúe algúns que a empresa privada considera. E malia que a DEPUTACIÓN indica que contabiliza conceptos como, por exemplo, publicidade, nos cálculos para o establecemento das tarifas só aparecen os antes citados: combustible, seguros, persoal e mantemento. Pode concluírse, por tanto, que non todos os conceptos que identifica o estudo do auditor de HEMISFERIOS foron realmente tidos en conta na contabilización da DEPUTACIÓN.

Ademais, a denunciante sinala que, mesmo para os custos considerados pola Administración Local (por exemplo, persoal), a contabilización dos mesmos resulta insuficiente. Sen embargo, a DEPUTACIÓN afirma que para o cálculo do custo de persoal contabilizou o custo do persoal adscrito á tripulación: piloto e axudante mecánico-guía –dado que este pertence á Brigada de Mantemento, que ten entre as súas funcións ordinarias “*o mantemento, conservación e reparación das instalacións propiedade da deputación*”, a súa retribución “*non deberían computar como gastos exclusivos desta actividade*”. Ademais destas dúas persoas, indica que contabilizou o custo dos traballadores do INCLUDES, que dende a oficina de reservas e promoción turística traballan para esta actividade nos meses de campaña. O custo total deste persoal divídese, xa que traballa para todas as rutas existentes.

Dado que a controversia sobre o sistema de contabilización resulta de difícil comprobación a partir da información dispoñible, en lugar de examinala directamente para resolver sobre se a DEPUTACIÓN realizou venda a perda, este Tribunal seguirá unha estratexia de análise indirecta, que utilizará como elemento indicario as cifras aportadas

polo propio estudo do auditor de HEMISFERIOS a fin de ter luz sobre o elemento clave: se os prezos da DEPUTACIÓN son suficientes, ou non, para cubrir os custos. Facelo así resposta tamén a pretensión da denunciante de que se realicen cálculos sobre o custo total do servizo a fin de acreditar se se ofrece con perdas.

VIXÉSIMO

CUARTO.- Segundo a denunciante dos datos do estudio encargado por ela mesma a un auditor de contas independente –recollido no expediente–, resultaría a confirmación de que, no ano 2003, a DEPUTACIÓN vendeu a perda xa que o prezo do billete tería que ser de 7,12 € para cubrir os custos, sen obter ningún beneficio.

Na Táboa 5, nas dúas columnas de custos da esquerda (A e B), recóllese a información presentada no estudio citado, mentres que nas dúas columnas da dereita (C e D) se recollen dúas asignacións alternativas.

Dado que no estudio se recolle que a DEPUTACIÓN opera só no período Xullo-Setembro, se toma como referencia inicial dos custos a columna B. A partir dela, na columna C faise a seguinte modificación:

- Os conceptos “Persoal” e “Alugamento” impútanse co criterio xeral utilizado polo auditor (cota dos ingresos realizados no cuatrimestre [68,9%]) e non aplicado na columna B.

Pola súa parte, na columna D, respecto das situacíons recollidas nas columnas B e C, debe sinalarse que:

- Se modifica o criterio de imputación non conceptos “Persoal” e “Alugamento”, que agora se imputan segundo o criterio temporal. Xa que a DEPUTACIÓN opera 4 meses, os custos anuais serían un terzo do total anual.

- Se anulan tres conceptos por entender que non existirían no caso da DEPUTACIÓN: o canon de atraque, as amortizacións (xa que o barco da DEPUTACIÓN xa operou durante todo o período de amortización e, polo tanto, xa está amortizado) e os uniformes, que tamén se consideran amortizados.

Consecuentemente, a situación alternativa correspondentes á columna D permite representar a situación da empresa no suposto que as súas circunstancias foran as da DEPUTACIÓN.

Táboa 5. Conceptos de custo considerados no estudo de HEMISFERIOS

	A. Custos anuais Segundo HEMISFERIOS	B. Custos Xuno-set. Segundo HEMISFERIOS	C. Custos Xuno-set. Alternativa 1	D. Custos Xuno-set. Alternativa 2
Persoal	60.308,8	49.662,5	41.552,8	20.102,9
Alugamento	36.567,8	33.380,5	25.231,2	12.189,2
Outros gastos	9.971,9	6.871,6	6.871,6	6.871,6
Combustible	8.368,9	5.767,0	5.767,0	5.767,0
Seguros	5.821,0	4.011,5	4.011,5	4.011,5
Canon atraque	4.500,0	4.500,0	4.500,0	-
Publicidade	3.427,9	2.362,1	2.362,1	2.362,1
Amortizacións	3.388,0	2.334,7	2.334,7	-
Reparacións	3.263,9	2.249,1	2.249,1	2.249,1
Gastos financeiros	2.106,8	1.451,8	1.451,8	1.451,8
Tributos	1.531,8	1.531,8	1.531,8	1.531,8
Uniformes	778,5	778,5	778,5	-
TOTAL	140.045,8	114.911,4	98.652,4	56.537,0

VIXÉSIMO

QUINTO.- Na Táboa 6 recóllense os resultados da DEPUTACIÓN e os de HEMISFERIOS, tanto coa asignación recollida no estudo do auditor (columna B) como coa asignación resultante da aplicación do criterio xeral utilizado polo auditor (cota dos ingresos realizados no cuatrimestre [68,9%]), pero que non se utilizou para asignar os custos de persoal e alugamentos (columna C).

Segundo os datos de HEMISFERIOS, cando se considera a súa actividade durante todo o ano resulta que transportou 23.603 pasaxeiro a un prezo medio de 8,69 €. Os seus ingresos ascenderon a 205.035,8 € e os gastos a 140.045,8 €, polo que o beneficio obtido foi de 64.990 €, é dicir, a marxe foi do 31,7%. Con estes datos, o prezo mínimo necesario para cubrir os custos é 5,94€.

Dados os datos anteriores resulta sorprendente que, cando HEMISFERIOS distribúe os seus resultados para o cuatrimestre no que compite coa DEPUTACIÓN, a marxe baixe ao 18,7%, cando este período é, na realidade, o más rendible. Esta consideración fai pertinente incorporar o suposto alternativa de asignación dos custos (columna C), xa que neste caso a marxe sitúase no 30,1%, preto do 31,7% de todo o ano. Neste caso o prezo mínimo necesario para cubrir os custos é 6,01€.

Táboa 6. Resultados en 2003

	DEPUTACIÓN 2003	HEMISFERIOS – 2003**	
Conceptos		B. Datos da empresa	C. Suposto alternativo
Pasaxeiros totais	11.442 (11.100)*		

Pasaxeiros ruta S. Estevo en Canóns do Sil	8.048 (7.000)*	16.149	16.149
Prezo medio de todas as rutas	4,99		
Prezo medio da ruta de S. Estevo		8,69	8,69
Ingresos totais	57.089,0		
Ingresos ruta S. Estevo en Canóns do Sil	41.618,8	141.290,4	141.290,4
Gastos reais totais	57.017,3		
Gastos reais ruta S. Estevo		114.911,4	98.653***
Resultado	72,0	26.379	42.637,4
Marxe	0,12%	18,7%	30,1%

* Estimados

**No período no que opera a DEPUTACIÓN.

***Suposto consistente en aceptar todos os custos indicados pola empresa, agás os de persoal e alugamento, que se asignan segundo a cota establecida para os restantes conceptos (0,689). Neste caso o prezo mínimo necesario para cubrir os custos é 6,01€.

Así pois, dado o número de viaxeiros transportados no barco “Accua 2” e os custos indicados pola propia empresa HEMISFERIOS, un prezo de 6€ permitiría cubrir os custos, dando lugar a un beneficio nulo. Se tal resultado pode ser acadado por HEMISFERIOS, pódese asumir que tamén a DEPUTACIÓN podería acadalo, sobre todo se se considera que este organismo non ten que soportar algúns custos que ten HEMISFERIOS e que utiliza un barco xa amortizado e con prestacións inferiores, tal como se pode observar nas fotografías incorporadas ao expediente e á propia explicación da DEPUTACIÓN:

“el barco empleado por la denunciante para cubrir esta ruta es de mayor capacidad, está cubierto, ofrece otros servicios complementarios como el de restauración, y está activo durante todo el año. Por tanto, ni los costes de este servicio, ni el precio que deba ser aplicado tienen porque coincidir con el de la Diputación, si las prestaciones del servicio no son las mismas.”

Ademais, se consideran como custos da DEPUTACIÓN os recollidos no suposto da columna D da Táboa 5 e como número de pasaxeiro transportados 10.000 -cifra inferior aos 16.149 transportados por HEMISFERIOS-, o prezo medio necesario para cubrir os custos sen obter beneficio sería de 5,65€.

VIXÉSIMO**SEXTO.-**

O feito de que se produciran perdas no ano 2002 na ruta considerada podería ser consecuencia non de prezos fixados para non cubrir os custos, senón do non cumprimento das estimacións realizadas sobre o número de viaxeiros transportados. Este incumprimento non cabe cualificalo de doloso se é resultado da variabilidade da demanda ou da incidencia de factores fora do control da DEPUTACIÓN, tal como esta sinala cando argumenta sobre o descenso do nivel de auga dos encoros, coa consecuencia de ter que variar o traxecto das viaxes (ver INFORME DAS RUTAS DOS ENCOROS) por rutas menos atractivas que as previstas.

Este factor podería ser unha das causas da sensible diminución do número de viaxeiros en todas as rutas: dos 6.000 previstos aos 3.954 reais. Ao non se cumpliren as previsións de pasaxeiro, os ingresos foron menores e o resultado foi negativo. A redución do número de viaxeiros transportados tamén se vincula, de novo segundo a DEPUTACIÓN, a que o barco máis eficaz, o “Canón do Sil”

non puido ser utilizado. Para indicar a importancia do devandito barco sinálase que no 2003 do total de 11.442 pasaxes, 8.048 correspondieron a ese barco.

No expediente existen indicios da forte variabilidade da demanda do servizo de transporte fluvial –número de viaxeiros transportados. Así indicaríano os resultados acadados pola DEPUTACIÓN no servizo de transporte fluvial, que varían significativamente dun ano para outro: un déficit de 18.553,43 € no ano 2002 e un superávit de 71,64 € en 2003 cando en ámbolos dous anos os prezos foron os mesmos; e un déficit de 73.774 € en 2004, xa cun novo prezo respecto do 2003. E esta variación non está determinada polo sistema de contabilización dos custos utilizado.

VIXÉSIMO

SÉTIMO.- Estratexia de eliminación de competidores.

Aínda que o prezo fixado pola DEPUTACIÓN fora indicador de venda a perda –que non o é–, tal feito per se non é suficiente para cualificar o comportamento como desleal; para que o fora cómpre que forme parte dunha estratexia orientada á eliminación de competidores.

Segundo a denunciante a actuación da DEPUTACIÓN formaría parte dunha estratexia predatoria, orientada a evitar ter competidores como consecuencia de deixarlle unha “demanda puramente residual”.

Porén, o TGDC entende que tal imputación non se pode aceptar polas seguintes razóns:

- (i) Non se pode pensar que á denunciante só lle queda unha demanda residual cando, no ano 2003, transportou 16.149 persoas fronte as 8.048 transportadas polo barco “Canóns do Sil” da DEPUTACIÓN.

(ii) Non se pode argumentar que unha empresa está a piques de ser expulsada do mercado cando no 2003 puido operar cunha marxe sobre vendas de arredor do 31%. Ademais, a empresa non aporta información sobre o número de pasaxeiros transportados nin dos seus resultados económicos dos seguintes anos, podendo facelo, para evidenciar tal posibilidade.

(iii) Cando unha Administración Pública oferta servizos en cumprimento duns intereses públicos cuxa tutela ou promoción ten encomendados por Lei, non se pode pensar a primeira vista que tal actuación teña como obxectivo a expulsión de competidores. E menos cando a DEPUTACIÓN:

- a. Ten a súa disposición mecanismos alternativos de carácter legal para dispor de vantaxes e, mesmo, limitar a prestación do servizo polo operador privado.
- b. É propietaria das instalacións en terra dos clubs náuticos, que tamén utiliza Hemisferios, S.L. para o atraque da súa embarcación.
- c. Acudiu á xestión indirecta do servizo de transporte fluvial, dende 1997 ata 2002, o que sería indicador unha opción pola colaboración coa iniciativa privada.
- d. Modificou os prezos, no 2004, situándoos nun nivel próximo ao de HEMISFERIOS (aínda que ao facelo poida xerar beneficios ou reducir a dimensión do logro dos obxectivos públicos).

(iv) Xunto as razóns apuntadas resulta de interese pór de manifesto a dificultade práctica que presenta aplicar a actual doutrina dos prezos predatorio á actuación da Administración como operador económico, tal como ten

recoñecido o TDC nalgunhas das súas resolucións. A dificultade provén de que o test de recuperación de custos –probabilidade de recuperación dos custos derivados da estratexia predatoria unha vez eliminado o competidor ou competidores actuais ou potenciais– resulta de imposible aplicación á actividade económica da Administración Pública, dado que non existe razón para que a mesma actúe de xeito que o beneficio se incremente no futuro.

Así pois, o TGDC non atopa indicios de que a actuación da DEPUTACIÓN forme parte dunha estratexia predatoria ou de mala fe, orientada a evitar ter competidores.

DISTORSIÓN GRAVE DAS CONDICIÓNDS DE COMPETENCIA

VIXÉSIMO

OITAVO.- Para estar incursa no art. 7 LDC, unha conduta, ademais de ser desleal, debe alterar gravemente as condicións do mercado de modo que afecte negativamente ao interese público. Xa que logo, no caso de que as condutas denunciadas fosen desleais –o que non resulta verificado, segundo a análise previamente realizada–, sería preciso examinar a capacidade da DEPUTACIÓN para alterar gravemente as condicións do mercado, de modo que se producise unha afectación negativa ao interese público.

VIXÉSIMO

NOVENO.- Así pois, aínda que da análise anterior non deriva a conclusión de que os actos da DEPUTACIÓN constitúan condutas de competencia desleal, se o foran ¿terían capacidade para distorsionar gravemente as condicións de competencia no mercado dun xeito prexudicial para a competencia ou para os consumidores e, dese modo, afectar ao interese público?

Segundo a denunciante, os actos da DEPUTACIÓN afectan ao interese público porque:

“O problema que se expón é un problema xeral que afecta a toda unha categoría de oferentes, os privados e non a unha empresa individual e tanto no presente como no pasado xa que se unha determinada explotación levada a termo por unha institución pública recibe axudas públicas resultará imposible que calquera empresa privada, xa existente, xa de futura creación poida concorrer no mercado”.

Porén, o SGDC, non identifica na actuación da DEPUTACIÓN tal capacidade de distorsión das condicións no mercado dun xeito prexudicial para a competencia ou para os consumidores: non eliminou á denunciante e mesmo beneficiou aos consumidores que dispuxeron de maior oferta e mellores prezos. En consecuencia, non se podería falar de que a hipotética deslealdade sexa “cualificada”.

TRIXÉSIMO.- Para a análise do grao no que unha conduta supón unha distorsión grave das condicións do mercado con afectación ao interese público recorreuse a tres criterios:

- a. Expulsión do mercado de competidores.
- b. Establecemento de barreiras á entrada.
- c. Redución da capacidade de elección dos consumidores en termos de calidade e prezo.

TRIXÉSIMO

PRIMEIRO.- No relativo ao criterio “Expulsión do mercado”, aínda que a denunciante non fai referencia a el, parece suxerilo dun xeito implícito.

Agora ben, a análise do expediente non indica un efecto tal, pois a denunciante botou o barco “Accua2” no 2002 e operou con el durante o período analizado, seguindo na actualidade no mercado servizos de transporte fluvial, tal

como se recolle na páxina web <http://www.hemisferios.es/servicios.htm>. E, aínda que non existen datos para todos os anos, cando existen amosan que o número de viaxeiros transportados por HEMISFERIOS é notablemente máis elevado que o transportado pola DEPUTACIÓN. Por tanto, a actuación da denunciada non tivo como efecto a eliminación do seu competidor. A realidade parece indicar que a ruta considerada soporta a actuación da DEPUTACIÓN e de HEMISFERIOS.

O anterior pode ser indicativo de que o prezo do servizo de transporte fluvial se ben é, sen dúbida, unha das variables competitivas de que dispoñen os operadores para atraer aos consumidores cara a súa oferta, non é a única e, seguramente para algúns grupos de usuarios, tampouco a más determinante da elección. Factores como o horario, a calidade e acondicionamento dos barcos, os servizos adicionais prestados, as relacións establecidas coas axencias de viaxes, e outros, poden influír dun xeito relevante no mercado.

TRIXÉSIMO

SEGUNDO.- O segundo criterio fai referencia a que as condutas denunciadas teñan como efecto o establecemento/elevación de barreiras que dificulten a entrada de novos operadores ao mercado.

O termo barreiras á entrada fai referencia a factores de índole legal, tecnolóxica, económica ou estratéxica, que dificulten a entrada de novos competidores. Deste conxunto de factores, o relevante no caso examinado, é o estratéxico, é dicir, a conduta de empresas rivais dirixida a disuadir a entrada de posibles novos entrantes para, deste xeito, preservar beneficios extraordinarios.

No caso que se examina, dadas as características do mercado, en particular o seu tamaño, se pode pensar que o número de operadores sempre será reducido e, por tanto, que non é probable a entrada de novas empresas; conseguintemente, non hai moito lugar para a disuasión. Ademais deste feito, unha actuación da DEPUTACIÓN orientada a tal fin carecería de sentido, xa que, tal como se ten recollido, a súa actuación pretende un beneficio nulo, non a protección de beneficios extraordinarios, nin mesmo ordinarios.

TRIXÉSIMO

TERCEIRO.- O terceiro criterio fai referencia ao efecto da conduta nos consumidores. Ao verificar que non existiu expulsión de competidores, os consumidores poden elixir entre a oferta de ámbolos dous operadores, con diferentes binomios “calidade-prezo”, o que resulta beneficioso para eles. É máis, o feito de que a fixación de prezos por parte da DEPUTACIÓN non siga a mesma lóxica que a iniciativa privada, lonxe de ser unha afectación grave do interese público, reforza ese interese ao fomentar o recorrido turístico, pois a actuación da DEPUTACIÓN ten capacidade – dado o menor prezo do servizo– para atraer a consumidores que polos seus ingresos non o utilizarían, potenciando deste xeito o goce dos recursos turísticos da localidade. Este efecto podería, mesmo, reverter nun aumento da actividade privada no sector.

AXUDAS PÚBLICAS

TRIXÉSIMO

CUARTO.- Na denuncia tamén se fai referencia a que a oferta de servizos de transporte fluvial a perda podería ser considerada unha axuda pública e, en canto tal, distorsionadora das condicións de competencia no mercado.

A argumentación sobre o establecemento (hipotético) de prezos con perda como unha axuda pública simplemente agudiza o problema de partida proposto pola denunciante: a competencia desleal derivada do feito de que organismos públicos oferten servizos en competencia coa iniciativa privada, pois unha actuación que non procure lucro – característica das Administracións Públicas- sempre xerará unha diferenza entre as tarifas do servizo respecto dos prezos fixados polas empresas privadas, dado que estas, lexitimamente, deben obter un beneficio que xustifique a súa oferta.

Agora ben, do examinado neste caso non resultan evidencias da existencia de axudas públicas para o transporte fluvial realizado pola DEPUTACIÓN. Por outra banda, segundo o artigo 3.3.i) da Lei 6/2004, do 12 de xullo, reguladora dos órganos de defensa da competencia de Galicia, as competencias do TGDC en relación ás axudas públicas limitase a:

“i) Emitir informe, con carácter facultativo e non vinculante, sobre os proxectos de concesión de axudas a empresas con cargo aos recursos públicos, en relación cos seus efectos sobre as condicións de competencia, sen prexuízo das competencias que nesta materia corresponden ao Tribunal de Defensa da Competencia da Administración xeral do Estado e á Comisión Europea. A estes efectos, o concepto de axuda pública será o que define o artigo 19.2 da Lei de Defensa da Competencia.”

Consecuentemente, o TGDC non ten potestade para avaliar axudas públicas no marco dun expediente sancionador.

Vistos os preceptos citados e os demais de xeral aplicación, este Tribunal

RESOLVEU

ÚNICO.- Desestimar o recurso interposto por D.^a C. C. L., en nome e representación de HEMISFERIOS, S.L., contra o acordo de sobreseamento, con arquivo das actuacións, do Servizo Galego de Defensa da Competencia, de 29 de febreiro de 2008, en relación coa denuncia presentada contra a Deputación Provincial de Lugo por presuntas prácticas contrarias á Lei 16/1989, de 17 de xullo, de Defensa da Competencia (LDC).

Comuníquese esta resolución ao SGDC e notifíquese aos interesados, facéndolles saber que contra a mesma non cabe recurso algúñ en vía administrativa, podendo interpoñer recurso contencioso administrativo ante o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses a partir da data de notificación desta resolución.

2. Expediente S 4/2008: Fabricantes de pan de Galicia. Resolución de data 3 de novembro de 2009.**Pleno**

Sres.:

D. José Antonio Varela González, Presidente

D. Fernando Varela Carid, Vogal

D. Alfonso Vez Pazos, Vogal

En Santiago de Compostela, a 3 de novembro de 2009.

O Pleno do Tribunal Galego de Defensa da Competencia (TGDC), coa composición indicada máis arriba, e sendo Relator o vogal D. Alfonso Vez Pazos, ditou a seguinte Resolución no expediente S 4/2008: Fabricantes de pan de Galicia (8/2008, do Servizo Galego de Defensa da Competencia (SGDC), iniciado de oficio en virtude da comunicación recibida dende a Comisión Nacional da Competencia (Dirección de Investigación), de data 2 de abril de 2008. Este expediente xurde das declaracíons de responsables da Federación Gallega de Asociaciones Provinciales de Fabricantes de Pan (FEGAPAN), recollidas en distintos medios de comunicación no mes de agosto de 2007, nas que se facía referencia á inminentes incrementos dos prezos do pan en Galicia a causa do encarecemento das materias primas. Esta conduta podería constituír unha recomendación colectiva de subir os prezos, emanada dunha asociación de empresas, prohibida pola normativa de defensa da competencia.

ANTECEDENTES DE FEITO

- 1.- Con data 2 de febreiro de 2008, a Dirección de Investigación da Comisión Nacional da Competencia remitiu ao SGDC, ao abeiro do artigo 2.2 da Lei 1/2002, do 21 de febreiro, de coordinación de competencias do Estado e das Comunidades Autónomas, as actuacíons practicadas, con motivo da investigación de oficio realizada respecto de diversas noticias recollidas na prensa galega no ano 2007, relativas a diversas declaracíons formuladas por representantes da *Federación Gallega de Asociaciones Provinciales de Fabricantes de Pan* (FEGAPAN), nas que se facía referencia a inminentes incrementos do prezo do pan en Galicia, a causa dun encarecemento das materias primas.

Para a Dirección de Investigación, a citada conduta podería constituír unha recomendación colectiva de subir os prezos, emanada dunha asociación de empresas que, no caso de confirmarse infrinxiría o apartado 1 do artigo 1 da LDC. Ademais, a citada Dirección apreciaba, ao abeiro do artigo 1 da Lei 1/2002, do 21 de febreiro, que os seus efectos se limitaban ao ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia, polo que os órganos galegos eran os competentes para a súa incoación e resolución.

- 2.- En concreto, no expediente consta un grupo de novas aparecidas nos xornais galegos: "La Opinión de A Coruña" (10 de agosto de 2007), "Faro de Vigo" (16 de agosto de 2007), "El Correo Gallego" (16 de agosto de 2007), "La Opinión de A Coruña" (23 de agosto de 2007), e "La Voz de Galicia" (31 de agosto de 2007), que conteñen declaracíons de representantes de FEGAPAN relativas a incrementos do prezo do pan como consecuencia da suba dos cereais (folios 3 a 8, e 53 do expediente):

- **La Opinión Coruña. 10 de agosto de 2007 (Folio 7).** Díse:

A Federación Gallega de los Panaderos (Fegapan) alertó ayer de que la compra "masiva" de cereales para la producción de biocombustibles supone una "clara amenaza" para el sector, porque "ha disparado" los precios de las materias primas hasta en un 66%.

- **Faro de Vigo. 16 de agosto de 2007 (Folio 4).** Díse:

Así lo alertó el vicepresidente de la Federación Gallega de los Panaderos (Fegapan), Roberto González, quien en declaraciones a Europa Press manifestó que la subida que experimentará el precio de la barra de pan -que podría llegar a alcanzar el precio de un euro durante los próximos meses- se debe a que la materia prima que utilizan es "mucho más cara, sobre todo, la harina de trigo".

[...] Roberto González destacó que, hasta la fecha, el sector iba “aguantando” la subida de la materia prima evitando “subir mucho el precio del pan” pero que durante los próximos meses la barra de pan podría alcanzar el precio de “un euro”.

[...] Asimismo, Roberto González explicó que el sector analizó las “consecuencias” de que el pan llegase a tener ese precio durante los próximos meses en una familia que consume pan de forma tradicional ...

[...] Representantes de Fegapan se reunieron con representantes de la Xunta de Galicia para manifestar la “preocupación” del sector por estas subidas de la materia prima...

– El Correo Gallego. 16 de agosto de 2007 (Folio 6). Díse:

Los panaderos gallegos admitieron hoy que viven con “gran preocupación” una previsible subida del precio del pan ...

Así lo alertó el vicepresidente de la Federación Gallega de los Panaderos (Fegapan), Roberto González, quien en declaraciones a Europa Press manifestó que la subida que experimentará el precio de la barra de pan -que podría llegar a alcanzar el precio de un euro durante los próximos meses- se debe a que la materia prima que utilizan es “mucho más cara, sobre todo, la harina de trigo”.

[...] Roberto González destacó que, hasta la fecha, el sector iba “aguantando” la subida de la materia prima evitando “subir mucho el precio del pan” pero que durante los próximos meses la barra de pan podría alcanzar el precio de “un euro”.

[...] Asimismo, Roberto González explicó que el sector analizó las “consecuencias” de que el pan llegase a tener ese precio durante los próximos meses en una familia que consume pan de forma tradicional ...

[...] Representantes de Fegapan se reunieron con representantes de la Xunta de Galicia para manifestar la “preocupación” del sector por estas subidas de la materia prima...

- La Opinión Coruña. 23 de agosto de 2007 (Folio 53). No marco dunha entrevista con D. XXXXXXX, presidente da asociación da provincia de Pontevedra, ante a pregunta do xornalista:

- “¿Va a repercutir en el precio del pan?,

Resposta: Algo tenemos que hacer, aunque no queremos que sea una cosa desproporcionada. Tendrá que ser algo proporcionado, como cuando fue lo del euro. El precio de la barra está ahora en 75 céntimos y debería subir diez céntimos, un 12%. Aunque según vaya el mercado quizá haya que realizar más subidas. Debe quedar claro que somos un sector liberalizado, que no podemos acordar precios ni horarios, lo que hacemos es informar a los asociados de las incidencias y cada uno toma su decisión libremente.

- ¿Y cuál es su postura?

Respuesta: Yo tengo claro que en mi panadería tengo que realizar esta subida.

[...]

- *¿Ya se habló algo?*

Respuesta: Por el momento no. Los panaderos hemos abordado el problema a nivel nacional desde la Confederación Española y también en Galicia y lo estamos tratando en la provincia de Pontevedra, porque estamos muy preocupados, ya que no conocíamos unas subidas tan desmesuradas...”.

- **La Voz de Galicia. 31 de agosto de 2007 (Folio 3).** No marco dunha entrevista con D. XXXXXXX, presidente da asociación da provincia de Pontevedra, sinálase:

En lo que va de año, el coste de la materia prima se ha incrementado un 66%, según informan los empresarios del sector, que esperan más subidas hasta finales de año. Si el precio medio de una barra de pan artesana oscila alrededor de los 0,75 euros, esta subida supondría un incremento adicional en torno a 10 céntimos -frente a los 3 céntimos en el resto del país-, lo que dejaría el precio final en 0,85. No obstante, fuentes del sector aseguran que este incremento no es definitivo, ya que nuevas subidas hasta finales de año podrían disparar el precio hasta llegar al euro.

Na mesma nova tamén se unha declaración do presidente de FEGAPAN, Francisco Lorenzo, quen indica que:

“Hasta ahora hemos hecho todo lo posible para que las subidas no repercutan en los costes, pero ahora es imposible si no queremos tener pérdidas y cerrar”.

[...] El colectivo se reunirá en las próximas semanas para tomar medidas ante una situación que califican de “preocupante”.

Estas declaracions pódense relacionar coa publicación en diversos medios de comunicación nacionais de notas de prensa e declaracions de presidentes ou representantes das asociacions e federacions do sector alimenticio, nas que se alertaba do carácter estrutural e inevitable de ditos incrementos, motivados polo aumento do prezo das materias primas nos mercados internacionais.

- 3.- Con data 14 de abril de 2008, o SGDC confirma á Dirección de Investigación da *Comisión Nacional de la Competencia* (CNC en diante) que comparte o seu criterio relativo á competencia dos órganos galegos para coñecer do expediente.
- 4.- Con data 5 de maio de 2008, o SGDC acordou incoar expediente sancionador, pola presunta infracción do artigo 1.1 LDC contra a *Federación Gallega de Asociaciones Provinciales de Fabricantes de Pan* (FEGAPAN). O citado acordo foille notificado á interesada en data 7 de maio de 2008, que o recibiu, segundo o correspondente acuse de recibo, o 9 de maio de 2008.

Como se recolle expresamente na proposta remitida polo SGDC a este Tribunal:

“A orixe da incoación do expediente estaba nas declaracions de responsables da federación que viñan aparecendo en distintos medios de comunicación dende o mes de xullo de 2007, nas que se facía referencia a inminentes incrementos dos prezos do pan en Galicia a causa dun encarecimiento das materias primas. Esta conduta podería constituír unha recomendación colectiva de subi-los prezos, emanada dunha asociación de empresas.”

- 5.- Dentro da fase de instrución do expediente, o SGDC recolleu outras novas da prensa galega sobre o pan e o seu prezo (folios 20-46 e 49-54). Ademáis, en aplicación do disposto nos artigos

39 e 50.1 LDC, o citado Servizo solicitou información a FEGAPAN o día 7 de maio de 2008.

6. O día 23 de maio recibiu-se un escrito da interesada, que foi considerado insuficiente polo SGDC, polo que, con data 24 de xullo de 2008, reiterou a solicitude de determinada información, requirindo, asemade, novos datos sobre a conduta descrita. O día 21 de agosto de 2008 tivo entrada no SGDC un novo escrito de contestación.
- 7.- Durante a instrución, o SGDC solicitou a FEGAPAN copias das actas das reunións das asociacións de fabricantes e dos órganos directivos da federación, que tiveron lugar dende o 1 de xullo de 2007, así como datos sobre a composición dos órganos directivos e a porcentaxe de representación no sector das asociacións que integran a federación.
- 8.- No seu Informe-proposta, o SGDC recolle que:

“A federación informou de que as súas notas de prensa e comunicados fan referencia, á súa vez, a notas de prensa publicadas pola Confederación de Organizaciones de Panadería (Ceopan) e, basicamente, á publicada sobre este asunto por Fiab (Federación Española de Industrias de Alimentación y Bebidas). No seu primeiro escrito, os responsables de Fegapan indicaban que “los incrementos o decrementos en los precios de los productos son problemas individuales de cada industrial, dependerán de dónde y cómo compren las materias primas, de cómo tengan establecidos los contratos de compra, de su dependencia en materia de combustibles, de sus clientes (consumidores finales o empresarios, etc.) y, por ello, es una reflexión individual de cada uno, que nosotros no podemos aclarar.” No seu segundo escrito, do mes de agosto, ratifícanse no manifestado anteriormente e sitúan a orixe das súas

informacións en Ceopan, Fiab e a Asociación Española de Fabricantes de Pastas Alimenticias (Aefpa). Achegan copia dun comunicado de prensa de Aefpa do 25 de xullo de 2007; doutro comunicado de Ceopan da mesma data e das declaracíons realizadas polo secretario xeral da Fiab no periódico ABC o 4 de novembro de 2007. Engaden, ademais, que Fegapan non realizou cálculos sobre variacións de prezos.”

- 9.- Á vista de todo o anterior, o 1 de outubro de 2008, o SGDC solicitou unha información concreta:

“...requírolle para que indiquen en qué nota de prensa ou información de orixe da Confederación Española de Organizacións de Panadería (Ceopan), da Federación Española de Industrias de Alimentación y Bebidas (Fiab) ou da Federación Española de Fabricantes de Pastas Alimenticias (Aefpa) se contén o dato seguinte: “El precio del pan se incrementará en Galicia a partir de mañana entre un 8 y un 12% como mínimo, frente al 5% que lo hará en el resto de España, donde el precio es mayor...” (Información de La Voz de Galicia do 31 de agosto de 2007).”

- 10.- Con data 17 de outubro de 2008 recibiese no SGDC o escrito de contestación, no que se indicaba que a Presidencia da Federación non realizara tales manifestacións, tratándose únicamente de conclusións do periodista que redactou a noticia.
- 11.- Con data 21 de outubro de 2008 e unha vez concluídas as súas dilixencias, o SGDC indica:

“Do anterior dedúcese que os incrementos dos prezos do pan teñen, polo menos, indicios de causa real obxectiva e, como xa se indicou, os responsables das industrias panificadoras de Galicia fixéronse eco de previsións de

incrementos por esta causa que xa se estaban realizando noutras comunidades autónomas e a nivel do Estado.”

Sobre a base anterior, o Servizo propón ao TGDC que dite resolución pola que se declare que na actuación de FEGAPAN non resulta acreditada a existencia de prácticas prohibidas pola Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia, co arquivo das actuacións.

Malia o anterior, o SGDC tamén sinala:

“desde os órganos de defensa da competencia debe advertírselles ós responsables das asociacións profesionais, neste caso de Fegapan, a improcedencia de falar publicamente de prezos, independentemente da conjuntura pola que atravesa o sector e das manifestacións que realicen outras asociacións afíns. Unha conduta deste tipo, máis alá da súa intención, da súa causa e da repercusión real sobre os prezos do produto, pode incorrer facilmente nunha conduta colusoria consistente nunha recomendación colectiva de prezos, prohibida polo artigo 1 da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia (LDC).”

- 12.- O 9 de xullo, o Pleno do Tribunal acordou a práctica de actuacións complementarias, relativa a información sobre as actas de FEGAPAN e os seus ingresos. Ata ter a recepción dos datos solicitados, que tiveron entrada no TGDC o día 30 de setembro de 2009, acordouse suspender o prazo de tramitación do expediente.
13. O Pleno do TGDC deliberou e fallou sobre o presente expediente na súa reunión de 26 de outubro de 2009.

FEITOS PROBADOS

- 1.- A *Federación Gallega de Asociaciones Provinciales de Fabricantes de Pan* (FEGAPAN), con enderezo na rúa Segunda República, s/n, do Concello de Vigo (PONTEVEDRA) e NIF G-36.682151, é unha asociación profesional que reúne ás asociacións provinciais de fabricantes de pan de Galicia. Os seus Estatutos foron depositados, ao abeiro do artigo 3º da Lei 19/77, do 1 de abril, sobre regulación do dereito de asociación sindical, con data 20 de xullo de 1979 (BOE do 30 de xullo de 1979), vixente naquelas datas.
- 2.- Como consecuencia dos incrementos do prezo das materias primas, sucedéronse diversas declaracóns de representantes de organizacións profesionais do sector, tanto a nivel nacional, como autonómico, que foron recollidas pola prensa, no senso de que o citado medre da materia prima levaría aparellado un aumento correspondente do prezo do pan aos consumidores. Entre estas declaracóns atópanse as dos representantes da asociación galega.
- 3.- A realización de declaracóns dalgúns responsables das asociacións integradas en FEGAPAN, e mesmo desta federación, a diversos medios de comunicación galegos sobre a situación do sector do pan resulta evidente. O mesmo presidente de FEGAPAN, D. XXXXXXX Lemos, recoñeceo na súa resposta do 15 de maio de 2008, cando di:

“5.) Las notas de Prensa y comunicados de nuestra Federación hacen referencia a notas de Prensa publicadas por nuestra Confederación de Organizaciones de Panadería (CEOPAN) y, básicamente, de la publicada por FIAB en su página web.

6.) Las declaraciones efectuadas a los distintos medios de comunicación, únicamente, dejan patente el hecho cierto de

que las harinas panificables han pasado a cotizar en los mercados de futuros..."

- 4.- Así pois, as declaracions dos responsables de FEGAPAN existiron e ocorreron en paralelo ás realizadas polo presidente de CEOPAN e ao envío de notas aos medios de comunicación polos responsables doutras federacions da industria alimentaria. Aínda que no expediente os responsables de FEGAPAN sinalan a falta de correspondencia do recollido co dito por eles -argumentación similar as contidas nas Resolucións dos expedientes S/0046/08, PAN DE ASTURIAS, e S/0053/08, FIAB Y ASOCIACIADOS Y CEOPAN, de la *Comisión Nacional de la Competencia* (CNC)-, resulta indubidable a existencia dun esforzo xeral no sector do pan por subliñar os seus problemas sectoriais, fundamentalmente derivados, segundo eles, polo incremento do prezo das materias primas.
- 5.- Por outra banda, parece relevante no presente caso avaliar a evolución mensual do prezo dos cereais e derivados, materia prima na fabricación do pan en Galicia, e do pan no período previo á realización das declaracions dos responsables de FEGAPAN, xa que o incremento do custo da materia prima constitúe o argumento fundamental das declaracions para xustificar os aumentos do prezo do pan.
 Os datos reais sobre á evolución mensual foi, segundo o Índice de Prezos de Consumo, son os que se recollen na Táboa 1.

Táboa 1. Incrementos mensuais do prezo (Galicia)

Mes	Cereais e derivados	Pan
Outubro 2006	-0,7	0,1
Novembro 2006	0,2	0,2
Decembro 2006	0,3	0,0
Xaneiro 2007	0,3	1,8
Febreiro 2007	0,8	1,1
Marzo 2007	-0,1	0,8

Abril 2007	0,5	0,2
Maio 2007	-0,4	0,7
Xuño 2007	-0,2	0,2
Xullo 2007	0,5	-0,1
Agosto 2007	0,3	0,5
Setembro 2007	0,3	0,4
Outubro 2007	1,7	7,9
Novembro 2007	1,0	0,9
Decembro 2007	1,5	0,7

Fonte: INE

A nivel español, e segundo de novo datos do INE, o incremento mensual do prezo dos cereais e do prezo do pan seguiu a mesma pauta, se ben o aumento anual para outubro 2007 foi do 4,4 e do 13,4, respectivamente; é dicir, un incremento algo maior co galego no prezo dos cereais e algo menor no prezo do pan.

Táboa 2. Incrementos mensuais do prezo (España)

Mes	Cereais e derivados	Pan
Outubro 2006	-0,2	-0,1
Novembro 2006	-0,2	0,1
Decembro 2006	0,4	0,0
Xaneiro 2007	0,6	2,3
Febreiro 2007	0,5	1,7
Marzo 2007	0,1	0,6
Abril 2007	0,4	0,4
Maio 2007	0,4	0,2
Xuño 2007	-0,1	0,0
Xullo 2007	0,0	0,1
Agosto 2007	0,3	0,5
Setembro 2007	0,8	2,2
Outubro 2007	1,2	4,7
Novembro 2007	0,6	0,7
Decembro 2007	1,1	0,3

Fonte: INE

6.- De acordo cos datos do INE, en Galicia:

- No período outubro 2006-outubro 2007 houbo, en case todos os meses, un incremento do prezo do pan, así como un incremento no prezo dos cereais. Así, a variación anual foi do 4,1 para os cereais e derivados e do 14,2 para o pan.
- No mes de outubro de 2007 produciuse o aumento mensual maior do prezo dos cereais e tamén do pan, se ben a contía do incremento foi moi diferente: mentres que os cereais e derivados medraron 1,7, o pan fixoo un 7,9. A nivel español, e de novo segundo o Índice de Prezos, no mes de outubro, os incrementos mensuais do prezo dos cereais e do pan foron, respectivamente, do 1,2 e do 4,7.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

PRIMEIRO.- O día 1 de setembro de 2007 entrou en vigor a Lei 15/2007, do 3 de xullo, de Defensa de Defensa da Competencia. A conduta analizada neste expediente prodúcese antes da entrada en vigor da Lei 15/2007, xa que as declaracóns relevantes tiveron lugar no mes de agosto de 2007. Por iso, a Lei aplicable en canto á cualificación xurídica ou tipificación da conduta debe ser a Lei 16/1989, de 17 de xullo, de Defensa da Competencia, vixente ata o 31 de agosto de 2007.

Por outra banda, a incoación do expediente correspondente produciuse o 5 de maio de 2008, estando xa en vigor a Lei 15/2007, de 3 de xullo, de Defensa da Competencia, motivo polo cal este Tribunal considera que o expediente debe tramitarse conforme ao disposto por esta última Lei, compartindo o criterio recollido na Resolución do Expediente S/0053/08, da CNC.

SEGUNDO.- O asunto de fondo que debe decidir este Tribunal é se acepta, ou non, a proposta do SGDC de arquivo do expediente efectuada no seu escrito de 21 de outubro de 2008. Mais concretamente, trátase de valorar, á vista dos datos que obran no expediente, se concorda coa proposta do SGDC de que non existen datos ou indicios suficientes para cualificar as declaracíons de responsables da *Federación Gallega de Asociaciones Provinciales de Fabricantes de Pan* (FEGAPAN) como unha recomendación colectiva de prezos, ou non.

TERCEIRO.- Posto que a natureza do caso e mesmo as circunstancias e contido das declaracíons dos responsables de FEGAPAN son semellantes ás examinadas recentemente pola CNC nos expedientes S/0046/08, PAN DE ASTURIAS, e S/0053/08, FIAB Y ASOCIADOS Y CEOPAN, este Tribunal considera que debe tomar as anteditas resolucións como referencia na súa análise, en aras da unidade de criterio.

CUARTO.- Antes de realizar a súa argumentación, o TGDC entende que debe subliñar que o que se avalía é se as declaracíons dos responsables de FEGAPAN aos medios de comunicación galegos, relativas a incrementos do prezo do pan, poden considerarse un mecanismo de recomendación colectiva, de forma directa ou indirecta, de dito prezo. Polo tanto, non se analiza a existencia dun acordo entre diversas panaderías galegas para concertar un aumento do prezo do pan, como parece desprenderse das declaracíons dalgúns dos responsables da federación aos xornais galegos.

QUINTO.- Nunha recomendación colectiva, incursa na prohibición recollida no artigo 1.1 LDC, dous aspectos son relevantes (Resolución Expte S/0055/07 INPROVO, da CNC).:

1. A natureza colectiva da entidade que formalmente a adopta, que:

"tiene que estar integrada por una pluralidad de operadores económicos independientes, directamente o de forma mediata a través de las respectivas asociaciones sectoriales"

2. Ademais, a recomendación colectiva ten que ter aptitude obxetivamente restritiva da competencia.

SEXTO.- No caso analizado, o feito de partida son as declaracóns de diversos responsables de FEGAPAN a diversos xornais de ámbito galego, se ben, como xa se ten recollido nun punto anterior, o presidente da federación cuestiona a veracidade das mesmas.

Tal como se indicou no apartado FEITOS PROBADOS, a realización de declaracóns dalgúns responsables das asociacóns integradas en FEGAPAN, e mesmo desa federación, a diversos medios de comunicación galegos sobre a situación do sector do pan resulta evidente. Polo tanto, o TGDC acepta a existencia das citadas declaracóns e considera que, dados os cargos representativos dos que as fixeron, as mesmas deben ser atribuíbles a FEGAPAN.

SÉTIMO.- Porén, o presidente de FEGAPAN, no seu escrito ao SGDC, sinala que non fixo declaracóns sobre os aumentos do prezo do pan, sendo *"únicamente, conclusiones del periodista que suscribe"*, alegación semellante á realizada por CEOPAN ASTURIAS e por CEOPAN nas Resolucións dos Expedientes S/0046/08 e S/0053/08, da CNC.

Consecuentemente, a primeira cuestión é examinar se as declaracóns dos diversos responsables de FEGAPAN foron

terxiversadas, non estando acreditado o seu contido. Sobre a hipotética terxiversación debe sinalarse que:

1. Nin o presidente de FEGAPAN nin os demais responsables que fixeron as declaracóns impugnaron o seu contido nos días posteriores, nin realizaron ningunha acción contrastable nese sentido, manifestando aos xornais a súa disconformidade.
2. Na súa resposta ao SGDC do 13 de outubro de 2008 (Folio 111), o presidente de FEGAPAN fai unha referencia que é persoal, sobre as súas propias declaracóns, non sobre as doutros membros da dirección da federación que fixeron declaracóns:

“En ningún caso la Presidencia de esta Federación ha realizado manifestaciones al respecto, ...”

3. As declaracóns coinciden de forma notable coas realizadas por representantes doutras asociacóns de panadeiros nese período en relación ao incremento do prezo das materias primas e, polo tanto, o inexorable do incremento do prezo do pan (Expedientes S/0046/08 y S/0053/08). Así, neste último expediente se recolle o seguinte texto:

“La Confederación Española de Asociaciones de Panadería (CEOPAN) no cree que la subida media estimada de un cinco por ciento (0,03 euros) en el precio de la barra de pan a partir de septiembre afecte al consumo.

Según explicó a EFEAGRO al Presidente de CEOPAN, XXX, esta subida del precio del pan y en general de todos los productos elaborados a base de cereales se debe a que el precio del trigo panificable se

incrementó en el mes de julio en un 46% respecto al año anterior, subida que en agosto alcanzó el 50%.

Hasta ahora, señaló XXX, estos incrementos del precio de la materia prima para la fabricación del pan no se ha repercutido en el producto final pero a partir de septiembre los empresarios llevarán a cabo la subida, tanto en canal Horeca como en gran distribución y especializados.”

OITAVO.- A Resolución S/0046/08, PAN DE ASTURIAS, da CNC, fai referencia aos numerosos expedientes resoltos polo Tribunal de Defensa de la Competencia no período 1994-2006 sobre prácticas restritivas no sector do pan, e lembra que a demostración da existencia dunha recomendación colectiva pódese realizar por tres vías:

- 1. Existencia de probas fácticas da recomendación colectiva:

“las resoluciones han podido establecer, no solamente la existencia de recomendaciones colectivas, sino también, cuando las pruebas lo permitían, el seguimiento efectivo de la recomendación colectiva por parte de los operadores, generalmente fabricantes y distribuidores de pan.”

- 2. Constatación de condutas acordadas de carácter uniforme. Neste sentido é relevante a Resolución do TDC, do 18 de outubro de 2006, Expte. 598/2005, Panaderías de Valencia, no que se sinala:

“los resultados de éstos -se refiere a convenios entre fabricantes resultan evidentes y de ellos puede deducirse indefectiblemente la existencia de un

acuerdo, como única explicación plausible (principio de causalidad)"

3. Improbable coincidencia espontánea da variación dos custos e das datas de repercusión dos diversos fabricantes. Nesta alternativa é relevante a Resolución do 25 de setembro de 1995 do TDC, Expte. 344/94, Pan de Zaragoza, que:

"estableció que una subida generalizada de los precios del pan en el mismo momento quebranta la legislación de la competencia, porque ni todos los fabricantes tienen los mismos costes ni todos han experimentado ese aumento en el mismo momento."

NOVENO.- Polo tanto, de modo análogo ao considerado polo Consello da CNC no expediente S/0046/08, PAN DE ASTURIAS, o TGDC considera que existen indicios dabondo para aceptar que representantes de FEGAPAN realizaron declaracóns relativas ao inevitable do incremento do prezo do pan en Galicia.

DÉCIMO.- A recomendación colectiva ten que ter aptitude para obxetivamente restrinxir a competencia. E iso sucede coas declaracóns dos responsables de FEGAPAN, porque ao facelo están:

"recomendando, a sus asociados y al resto empresarios de su sector, que se ajusten a una política común de precios del pan. Pero también lanza la idea a los consumidores de que la subida en el precio del pan y su propia cuantía son inevitables y generalizadas. Y no debe considerarse una cuestión menor que esto se haga público a través de su máximo representante, en un medio de difusión"

general, en varias declaraciones (unas que preparan la justificación de la misma y otras que la materializan), con el fin de que pueda haber un seguimiento creíble, masivo y uniforme, y se reduzca la incertidumbre comercial que una política de precios independiente pudiera ocasionar a cada operador que decidiera actuar en razón de sus propias circunstancias productivas y comerciales.” (Resolución Expediente S/0046/08, da CNC).

E, ademais,

“Este incentivo a transmitir incrementos de costes a precios se ve fortalecido por un segundo factor. En la medida en que el mensaje se difunde en los medios, también llega a los clientes y consumidores finales. Su contundencia y reiteración tiene aptitud para influir en la formación de expectativas de los consumidores, de tal manera que puede modificar su disponibilidad a pagar, predisponiéndoles a aceptar precios más altos como “inevitable”. No en vano las notas hablan de “precios excesivos para los consumidores”, de “impacto en la inflación” o del “aumento del precio del producto final” (Resolución Expediente S/0053/08, da CNC).

DÉCIMO

PRIMEIRO.- E de novo, o Consello da CNC, na mesma resolución, fai referencia á Sentenza do Tribunal Supremo (STS) do 17 de marzo de 2003, que revisa a Resolución do TDC do 25 de maio de 1993 (Expte. Faconauto). Nesta STS, que tiña a súa orixe nunha nota de prensa, na que o presidente comentaba que ante a diminución do 20% das vendas, o aumento dos custos de persoal, os concesionarios non tiñan outro remedio que incrementar os prezos, dise:

“al menos concurre negligencia [...] si atendemos al efecto que puede producir que el presidente de una federación con la implantación en el sector del mercado como la que nos ocupa, realice públicas manifestaciones de concretas políticas económicas cuya aplicación se declara deseable y, respecto a las cuales, la decisión de su adopción se encuentra en manos de los asociados”.

DÉCIMO

SEGUNDO.- O TGDC, no mesmo sentido que a RESOLUCION EXPTE. S/0046/08, PAN DE ASTURIAS da CNC e mais a doutrina do Tribunal Supremo, considera que declaracíons aos medios de comunicación destas características, nas que se comenta cál debe ser o prezo do pan en Galicia,

“no pueden razonarse sin observar una pretensión de alineamiento de los comportamientos de los operadores. Es decir, se lanza una señal muy concreta, y apta para conseguir una respuesta común de un número importante de fabricantes y expendedores de pan.”

Ademais, estas recomendacíons,

“estaría[n] sustituyendo la actuación independiente de cada operador y restringiendo con ello la competencia en ese mercado.”

Consecuentemente, constitúen unha infracción do artigo 1 da Lei 16/1989, do 17 de xullo, de Defensa da Competencia, xa que:

“suponen la existencia de una recomendación colectiva para que los fabricantes y/o expendedores de pan, asociados y no asociados, sigan una pauta de

actuación común y reaccionen al incremento de los precios de materias primas de modo colusorio, fijando un precio común de la “barra” de pan...”
(Resolución Expediente S/0046/08, da CNC).

DÉCIMO

TERCEIRO.- Nos casos de recomendación colectiva, segundo a CNC,

“lo decisivo para calificar el hecho como infracción no es tanto el seguimiento efectivo y contrastado como la propia existencia de la recomendación con aptitud para producir efectos anticompetitivos, lo que en el presente caso a su juicio se da sin ninguna duda razonable” (Resolución Expediente S/0046/08, da CNC).

E, polo tanto, áinda que non sexa necesario que a actuación avaliada teña efectos no mercado, no caso galego, ten interese sinalar que:

1. A secuencia temporal dos feitos parece indicar que as recomendacións, que foron realizadas fundamentalmente na segunda quincena de agosto, foron tidas en conta polos operadores durante o mes de setembro, sendo implantadas realmente no seguinte mes, de outubro de 2007, xa que de acordo cos datos do INE, o pan en Galicia tivo un forte incremento do seu prezo (7,9%).
2. A partir da análise das series de prezos, segundo os datos recollidos na páxina web do *Instituto Nacional de Estatística*, non se pode argumentar que o diferencial do incremento do prezo do pan fronte ao dos cereais no mes de outubro -7,9 fronte ao 1,7- sexa resultado de que o prezo do pan non foi elevado ao longo do ano previo, mentres que o prezo dos cereais se incrementou cada mes. Como indica a Táboa 1, o incremento do prezo do pan foi

maior ao incremento do prezo dos cereais en nove dos trece meses do período considerado; a nivel anual, en outubro de 2007, o aumento do prezo dos cereais foi do 4,1% mentres que o aumento do prezo do pan foi do 14,2%.

3. As comunicacións dos responsables das empresas de pan no mes de agosto sobre a necesidade de incrementar o prezo do seu produto non se corresponden coa evolución dos seus custos, xa que se ben o medre do prezo dos cereais foi case continuo durante o ano anterior, tamén o foi o do pan. Non parece pois que houbera razón para tales declaracóns, senón para organizar o gran incremento que se produciu en outubro de 2007.

4. O elevado incremento medio do prezo do pan no mes de outubro de 2007 (7,9%) indica que un numeroso grupo de panaderías aumentou o seu prezo, xa que tal nivel denota, por exemplo, que se a metade das panaderías non o incrementou, a outra metade tivo que facelo nun 15,8% nese mes. Este incremento non pode ser explicado porque todas elas tiveran un desaxuste intenso entre os custos, derivado de incremento continuo do prezo dos cereais, o os prezos do pan, resultado de manter estes fixos.

DÉCIMO

CUARTO.- O anterior non significa que as declaracóns tivesen, ademais, outros obxectivos, como atraer a atención da Administración e favorecer contactos con ela. Pero como unha vez máis sinala a CNC na súa Resolución do Expediente S/0053/08,

"Pero ello es compatible con el objetivo de predisponer a los agentes a favor de la repercusión de los incrementos de costes en precios a lo largo de la cadena de valor."

DÉCIMO

QUINTO.- Por outra banda, non hai razóns que xustifiquen as declaracíons sobre o inevitable do incremento do prezo do pan en Galicia, nin tan sequera como unha resposta do sector ao aumento do prezo de diversas materias primas necesarias para a fabricación del pan. Segundo a CNC,

“...hay que tener presente que no se ajusta a derecho dar razones que justifiquen la recomendación por el aumento del precio de los inputs necesarios para la fabricación del pan. En este sentido, es preciso recordar que el extinto TDC ya señaló en su Resolución de 4 de marzo de 2005, Expte. 574/04, Panaderías Aranda de Duero, que detrás de una subida generalizada de precios del pan puede haber una razón de subsistencia y pueden existir incrementos de materias primas o de costes en general, pero, en todo caso, “la prohibición del artículo 1 se refiere al contenido de los acuerdos y no a los motivos o finalidad de los mismos” (Resolución Expediente S/0046/08).

DÉCIMO

SEXTO.- Consecuentemente, débese concluír que, tal como sinala a CNC na súa Resolución do Expediente s/0053/08,

“tanto las Asociaciones como los cargos directivos que las representan tienen que ser conscientes en materia de comunicación pública que sus mensajes pueden transgredir el ámbito de lo lícito si son aptos para unificar el comportamiento de sus asociados y el de otros terceros, alterando el normal funcionamiento del mercado. A este respecto, no deben ignorar que en el marco de la Ley 15/2007 la realización de recomendaciones colectivas puede conllevar responsabilidades personales.

En definitiva, el hecho de que se recurra a mecanismos menos explícitos no evita el carácter restrictivo de la conducta si el mensaje tiene aptitud para unificar el comportamiento de las empresas.”

DÉCIMO

- SÉTIMO.-** A efectos de cuantificar a sanción correspondente, o TGDC ten presente que se infrinxe o artigo 1 da Lei 16/1989, cunha recomendación colectiva de prezos finais aos fabricantes e/ou expendedores de pan de Galicia, realizada por diversos representantes de FEGAPAN, que incide sobre o comercio dun ben básico no ámbito territorial de toda a Comunidade Autónoma de Galicia.

No Fundamento de Dereito Primeiro estableceuse que a Lei aplicable á conduta imputada é a Lei 16/1989, vixente nas datas de publicación das declaracíons relevantes dos responsables de FEGAPAN (art. 128.1 da Lei 30/1992). Resulta oportuno lembrar a avaliación que realiza a CNC nun caso similar (Resolución Expediente S/0053/08), na que sinala:

“la valoración de qué Ley resulta más favorable se debe realizar desde el punto de vista de las personas jurídicas a quien en este caso se imputa la infracción de la prohibición de adoptar recomendaciones colectivas restrictivas de la competencia (art. 128.2 de la Ley 30/1992). Y lo cierto es que los límites cuantitativos, cualquiera que sea la calificación que mereciera la conducta imputada conforme al art. 65.3 y 4 de la Ley 15/2007, son considerablemente superiores al límite cuantitativo impuesto por el art. 10.1 de la Ley 16/1989. Por tanto, la disposición aplicable para determinar la responsabilidad de las asociaciones imputadas por infracción del art. 1.1 de la Ley 16/1989 es el art. 10 de la misma Ley.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la discrecionalidad que el art. 10 de la Ley 16/1989 otorga a la CNC debe ser ejercitada ponderando las circunstancias concurrentes, al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad, entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, dado que toda sanción debe de determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida, y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho."

O Pleno do TGDC comparte plenamente o criterio do Consello da CNC recollido na fundamentación reproducida. En consecuencia, atendendo a todas as circunstancias expostas e recollidas ao longo do expediente, o Tribunal fixa, dentro dos límites establecidos polo artigo 10 da Lei 16/1989, do 17 de xullo, unha multa de TRINTA E UN MIL SETECENTOS CINCUENTA euros (31.750 euros), sanción que se considera proporcional as circunstancias concorrentes no caso examinado e, ao mesmo tempo, equilibrada coas sancións impostas en datas recentes pola CNC en expedientes de natureza semellante. Ademais, o TGDC insta ao cese inmediato dese tipo de condutas.

Vistos os preceptos legais citados e demais de xeral aplicación, o Pleno do Tribunal Galego de Defensa da Competencia,

RESOLVEU

PRIMEIRO. Declarar acreditada a existencia dunha recomendación colectiva de fixación do prezo do pan, prohibida polo artigo 1.1 da Lei 16/1989, de Defensa da Competencia, da que é responsable a *Federación Gallega de Asociaciones Provinciales de Fabricantes de Pan* (FEGAPAN).

- SEGUNDO.** Intimar a FEGAPAN para que se absteña no futuro da realización deste tipo de prácticas. .
- TERCEIRO.** Impor unha multa de TRINTA E UN MIL SETECENTOS CINCUENTA euros (31.750 euros) a FEGAPAN como autora da práctica restritiva declarada avaliada.
- CUARTO.** FEGAPAN xustificará ante o Servizo Galego de Defensa da Competencia o cumprimento das obrigas impostas nos puntos anteriores.
- QUINTO.** Instar ao Servizo Galego de Defensa da Competencia a que vixé o cumprimento desta Resolución.

**3. Expediente S 5/2008. Confraría de Pescadores da Illa de Arousa.
Resolución do TGDC do 5 de agosto de 2009.**

Pleno

Sres.:

D. José Antonio Varela González, Presidente

D. Fernando Varela Carid, Vogal

D. Alfonso Vez Pazos, Vogal

En Santiago de Compostela, a 5 de agosto de 2009.

O Pleno do Tribunal Galego de Defensa da Competencia (en diante TGDC ou Tribunal), coa composición indicada máis arriba, e sendo Relator D. José Antonio Varela González, presidente, pronunciou a

seguinte Resolución no expediente S 5/2008, “Confraría de Pescadores da Illa de Arousa” (Exp. 6/2008, do Servizo Galego de Defensa da Competencia, en diante SGDC), iniciado en virtude da denuncia presentada por dona N. L. L., secretaria xeral da Asociación Galega de Mariscadores/as (en diante Agamar) contra a Confraría de Pescadores “*San Julián*” da Illa de Arousa (en diante Confraría), por presuntas prácticas restritivas da competencia, consistentes na imposición dunha cota de 900€ anuais aos mariscadores a flote, deducible nos descontos das vendas na lonxa da Illa ánda que non comercialicen o produto na citada lonxa, o que considera podería infrinxir a Lei 15/2007, do 3 de xullo, de Defensa da Competencia (en diante LDC ou Lei 15/2007).

ANTECEDENTES DE FEITO

- 1.- Con data 21 de febreiro de 2008 tivo entrada no SGDC unha denuncia presentada por dona N. L. L., secretaria xeral de Agamar, contra a Confraría, por presuntas prácticas restritivas da competencia, consistentes na aprobación dun acordo pola Xunta Xeral da Confraría citada que obriga, segundo a denunciante, a “*abonar una cuantía económica como “compensación” por su falta de fidelidad a la lonja de la Cofradía de Pescadores*” aos membros da mesma que non realizan de xeito habitual os labores de marisqueo e que non comercializan o seu produto na lonxa da Illa. Para a denunciante este acordo supón unha limitación inxusta da liberdade de empresa dos socios ao obstaculizaren a elección da lonxa na que vender o seu produto; ademais, de novo segundo a denunciante, tal acordo podería ser constitutivo de competencia desleal para con outros servizos públicos de lonxas.
- 2.- Unha vez fixada a competencia das autoridades galegas, logo da comunicación á *Comisión Nacional de la Competencia* (no que segue CNC), segundo o establecido na Lei 1/2002, do 21 de febreiro, de Coordinación das competencias entre o Estado e as Comunidades Autónomas en materia de competencia, o SGDC

decidiu iniciar unha investigación reservada, ao abeiro do establecido no artigo 49.1 LDC co obxecto de coñecer a realidade dos feitos denunciados e determinar así se existen, ou non, indicios racionais de infracción á LDC.

A tal obxecto remitiu a denuncia á Confraría, á que se lle requiriu determinada documentación. Así mesmo, solicitou á denunciante diversa documentación acreditativa da súa representación para actuar en nome de Agamar, que achegou ao SGDC o 9 de abril de 2008.

Nesta fase de información reservada tamén se solicitaron informes a unidades administrativas da entón denominada Consellería de Pesca e Asuntos Marítimos, e a Portos de Galicia, ámbalas dúas institucións pertencentes á Xunta de Galicia.

- 3.- O director do ente público Portos de Galicia comunicou ao SGDC a remisión da petición de información á Consellería de Pesca e Asuntos Marítimos, por entender que os feitos denunciados afectaban “*ó funcionamento corporativo interno da propia confraría e ás relacións entre os propios confrades*”.
- 4.- O día 16 de abril de 2008 tivo entrada no servizo un escrito da Confraría, asinado polo seu secretario, don J. M. D. L., ao que se acompañaba documentación relativa aos: estatutos da confraría; estatutos da OPP-20; regulamento interno da lonxa; balance de ingresos e gastos da OPP-20; copia dos plans de explotación dos anos 2007 e 2008; copia da acta do acordo adoptado polo colectivo de mariscadores a flote e diversas alegacións á denuncia.
- 5.- Entre as consideracións realizadas pola Confraría sobresaen as seguintes:
 - A cota é unha contribución dos asociados [mariscadores inscritos no plan de explotación] á adecuada xestión das

autorizacións, explotadas en réxime de semicultivo, “*o que conleva gastos polos traballos de rareo, saneamento e limpeza do substrato, eliminación de depredadores, adquisición de semente de ameixa, gastos de vixilancia, de asistencia técnica, combustible, lanchas e demais vehículos de vixilancia, todo encamiñado a obter un axeitado rendemento produtivo de ditas autorizacións.*”

- A cota só se aplica ós mariscadores a flote que explotan as autorizacións administrativas, “*non para o libre marisqueo*”.
- A cota foi calculada en función da media do rendemento por vendas de marisco do colectivo de mariscadores a flote.
- A maioría dos asociados achegan a súa cota correspondente mediante o desconto do 9% do importe das súas vendas en lonxa de bivalvos e do 7% en crustáceos.
- A maioría dos mariscadores que non acadan a pagar os 900 € a través dos descontos das súas vendas optan polo pago en metálico da diferencia, contra o correspondente recibo.
- O feito de que algúun asociado non pague a cota de 900 € anuais constitúe, segundo a Confraría, un agravio comparativo para o resto dos asociados.
- Parece excesivo falar de “*numerosos socios e afiliados de Agamar*” afectados, xa que a denuncia parece derivarse dos escritos enviados pola Confraría a dous dos seus asociados, reclamándolle o pago da cantidade non cuberta do total dos 900 € unha vez realizados os descontos sobre a facturación dos produtos aportados por tales membros da Confraría na lonxa da Illa.
- A Confraría non percibe cantidades en concepto de retorno por parte doutras confrarías derivadas da venda de produto dalgún dos seus asociados noutras lonxas. Se percibira cantidades por este concepto, descontaría o seu importe da cota correspondente.
- A Confraría ten un acordo coa Organización de Produtores do Marisco e Cultivos Mariños da Provincia de Pontevedra (OPP-20), na que se integran os mariscadores para a comercialización do

produto, sendo esta organización a que xestiona a explotación das autorizacións marisqueiras en réxime de semicultivo.

- Para a Confraría, a súa conduta non supón unha restrición da libre competencia “*pois a relevancia ... é nula ou irrelevante, tal e como se pode comprobar nos datos estatísticos de vendas...*”

- 6.- Con data 22 de abril de 2008, a denunciante achegou ao SGDC copia dos estatutos de Agamar e documentación acreditativa da representación de dona N. L. L.
- 7.- Na información aportada polo Servizo de Fomento da Organización Sectorial, da Consellería de Pesca e Asuntos Marítimos, destaca a información de que:
 - A primeira venda e comercialización dos recursos mariños en fresco non ten que realizarse nunha lonxa determinada
 - As confrarías de pescadores son corporacións de dereito público e, polo tanto, sometidas á tutela da Administración autonómica; mentres que as Organizacións de Produtores son de natureza xurídica privada.
 - Non é obligatorio pertencer simultaneamente ás dúas agrupacións.
 - Os membros da Organización de Produtores teñen o compromiso de “*acatar as obrigas que se recollen nos seus estatutos*”.
- 8.- Pola súa banda, na resposta asinada pola subdirectora xeral de Estruturas e Mercados da Pesca, da Consellería de Pesca e Asuntos Marítimos, os elementos máis relevantes son que:
 - As competencias da Subdirección Xeral afectan á actividade de primeira venda na lonxa pola OPP-20, polo que “*non entra a valorar a xestión dos recursos mariños por parte da Confraría de Pescadores da Illa, por non ser competente para elo*”.

- Na súa opinión, a cuestión a dilucidar é “*se o establecemento desa cota é por non vender na lonxa (polo que entón non se pode cobrar máis do 1%) ou pola xestión do recurso por parte da confraría, asunto no que (...) este órgano non é competente para facer aclaración algunha*”.
- 9.- Á vista da información obtida no trámite de información reservada, o SGDC acordou a incoación do correspondente expediente sancionador con data 12 de xuño de 2008, que foi notificada ás partes interesadas: Agamar, Confraría de Pescadores San Julián e Organización de Produtores de Marisco e Cultivos Mariños da Provincia de Pontevedra.
- 10.- Iniciada a instrucción, o SGDC solicitou á denunciante, con data 14 de xullo de 2008, información sobre:
1. O número de socios afectados pola conduta denunciada e se son mariscadores non habituais, así como a forma de pago da cota.
 2. A contribución dos mariscadores habituais ós gastos de xestión das autorizacións administrativas da explotación marisqueira.
- 11.- Con data 22 de agosto de 2008 tivo entrada no Edificio Administrativo de Vigo o escrito de contestación de Agamar, no que se sinalaba que:
- O termo “*habitualidade*” non é relevante neste caso.
 - O criterio de habitualidade non pode supoñer causa de diferenciación para impoñer un recargo monetario para sufragar supostos custos de ambas entidades (confraría e OPP-20), para o que xa están previstas as cotas de asociado, ademais do denominado “*retorno*” entre as confrarías.
 - As cotas dos asociados da OPP-20 detráense do total bruto facturado pola venda do marisco por cada produtor (0,30%

destinado a festas; 9% destinado ós gastos xerais da OPP e o 0,25% para a fundación).

- As denunciadas dispoñen de subvencións públicas que contribúen a incrementar os seus ingresos.

12.- Con data 18 de agosto de 2008 recibiuse no SGDC un escrito da Dirección de Portos de Galicia comunicando que estaba a tramitar a prórroga da concesión administrativa das instalacións da lonxa do porto do Xufre (Illa de Arousa), para a prestación por xestión indirecta do servizo da lonxa pola Organización de Produtores de Marisco e Cultivos Mariños da Provincia de Pontevedra.

13.- Na fase de instrución, o SGDC solicitou a OPP-20 a seguinte información:

1. Nome das persoas que ocupan os órganos reitores da asociación.
2. Relación dos seus socios e dos mariscadores inscritos no plan de explotación.
3. Fontes de ingresos.
4. Cales son as achegas dos socios, tanto dos mariscadores habituais coma dos non habituais, e causas das diferenzas.
5. Copia dos recibos das cantidades achegadas polos mariscadores non habituais.
6. Carácter ordinario ou extraordinario da cota do 9%, destino deses ingresos e consecuencias da súa falta de pagamento.

14.- Con data 18 de agosto de 2008, a OPP remitiu a información ao SGDC, da que os aspectos más sobresaíntes son os seguintes:

- Os socios da OPP-20 inscritos no Plan de Explotación acadan a cifra de 357 embarcacións, sen que conste o número de tripulantes de cada unha.
- Os ingresos da OPP-20 proceden das vendas de marisco en lonxa e das subvencións públicas da Comunidade Autónoma, do FROM e do Ministerio de Medio Ambiente e Medio Rural e Mariño.

As achegas que recibe por venda do marisco en lonxa, de socios ou non socios, detráense mediante descontos, do 9% para bivalvos, e do 7% para crustáceos.

- As cotas anteriores foron aprobadas pola Xunta Xeral da Confraría que é a titular das autorizacións marisqueiras.
- Achégase tamén copia de recibos polo cobro directo das cantidades pendentes ós mariscadores que non tiveran pagado o mínimo de 900 € anuais, a través do desconto pola venda en lonxa. Estes recibos corresponden a 31 persoas distintas, que serían as directamente afectadas pola conduta denunciada.

15.- Finalmente, o SGDC solicitou á Confraría a información seguinte:

1. Nome das persoas que ocupan os órganos reitores da Confraría.
2. Funcións que corresponden á Confraría e funcións da OPP-20 na xestión da lonxa da Illa de Arousa e relación entre ambas entidades.
3. Cantidades ingresadas en 2008 en concepto de retorno dende outras confrarías.
4. Fonte de ingresos e balance de ingresos e gastos en 2007.
5. Indicación de se o acordo de creación do baremo do 9% da facturación “*para os armadores e tripulantes que non se dedican habitualmente ó marisqueo nin venden na lonxa da Illa de Arousa*” foi adoptado pola Confraría ou pola agrupación de produtores.
6. Entidade a que lle corresponde xestionar os gastos orixinados polo plan de explotación marisqueira.

16.- Con data 19 de agosto 2008, recibiuse no SGDC o escrito de contestación da Confraría, do que resulta que:

- A Confraría non pode contratar persoal propio, xa que os seus ingresos proceden das cotas dos socios: 7,20 € por ano e persoa dedicada á explotación a flote e 3,60 € por ano e persoa dedicada ó marisqueo a pé.

- A Confraría non ten ningunha función en canto á xestión da lonxa, xa que esta xestión realizaa exclusivamente a OPP-20.
 - Existe unha forte interdependencia entre a Confraría e a OPP-20: as instalacións das oficinas son compartidas; o secretario da Confraría foi contratado e recibe as súas retribucións da OPP-20; as decisións más relevantes son adoptadas pola Xunta Xeral da Confraría e despois ratificadas ou non polo Consello de Administración da OPP-20 e pola Asemblea Xeral da Confraría.
 - Os gastos orixinados polo plan de explotación son assumidos integralmente pola OPP-20.
 - O acordo da cota de 900€ obxecto da denuncia foi adoptado polo colectivo de mariscadores a flote o 27 de xaneiro de 2006. No ano 2007 a Asemblea Xeral da Confraría aprobou o plan de explotación de marisqueo a flote para o ano 2008, no que se inclúe o aboamento da cota de 900€ para ter acceso ás concesións marisqueiras da Confraría, previamente aprobada pola Xunta Xeral.
 - A Confraría non percibiu ningunha cantidade en concepto de retorno procedente doutras confrarías no ano 2007. Acompáñase unha conta de resultados provisional, a data 31 de decembro de 2007.
- 17.- Con data 9 de outubro de 2008, o SGDC procedeu a comunicar aos interesados que, a seu xuízo:
- «non quedou acreditada a existencia de prácticas prohibidas contrarias á competencia, concedéndolles un prazo de 15 días para efectua-las alegacións ou propoñe-la práctica das probas que estimaran pertinentes, en cumprimento do disposto no artigo 33.3 do Real Decreto 261/2008, do 22 de febreiro, polo que se aproba o regulamento de defensa da competencia.»*
- 18.- Con data 5 de novembro de 2008 tivo entrada no SGDC un escrito da denunciante, no que se reiteran algunas das alegacións xa formuladas en fases anteriores do procedemento.

- 19.- O SGDC, con data 11 de novembro de 2008, elevou ao Pleno do TGDC, ao abeiro do disposto no artigo 50.4 LDC a seguinte proposta de resolución:

«Declarar que non resulta acreditada a existencia de prácticas prohibidas pola LDC, no expediente instruído trala denuncia presentada por dona N. L. L., secretaria xeral da Asociación Galega de Mariscadores/as, contra a Confraría de Pescadores San Julián da Illa de Arousa.»

- 20.- Con data 15 de decembro de 2008, o Pleno do TGDC decidiu admitir a trámite a proposta elevada polo SGDC, designando como relator, segundo a correspondente quenda en vigor, a D. José Antonio Varela González, presidente do organismo.

- 21.- Son interesados:

- Agamar;
- Confraría de Pescadores San Julián ds Illa de Arousa;
- Organización de Produtores de Marisco e Cultivos Mariños da Provincia de Pontevedra.

- 22.- O Pleno do TGDC deliberou e pronunciouse sobre o presente expediente na súa reunión do 29 de xullo de 2009.

FEITOS PROBADOS

- 1.- A Confraría é unha corporación de dereito público, sen ánimo de lucro, dotada de personalidade xurídica e capacidade de obrar, para o cumprimento dos seus fins e o exercicio das funcións que lle están encomendadas. A Confraría actúa como órgano de consulta e colaboración coa Administración na promoción do sector pesqueiro e representa os intereses económicos e corporativos dos profesionais do sector (artigo 1.1. da Lei 9/1993, de normas reguladoras das Confrarías de Pescadores –no que

segue LCP). Pola súa natureza está suxeita á tutela da Consellería do Mar (artigo 1.2. LCP).

- 2.- Poden ser membros da Confraría as persoas físicas ou xurídicas que voluntariamente se asocien, sempre que desenvolvan habitualmente unha actividade extractiva pesqueira ou marisqueira, e estean en posesión do correspondente título administrativo que os habilite para o exercicio da actividade extractiva.
- 3.- A Confraría é titular de autorizacións administrativas de bancos marisqueiros. Estas autorizacións son outorgadas pola Administración autonómica para realizar unha explotación controlada que mellore o rendemento dos bancos naturais.
- 4.- As autorizacións esixen labores de semicultivo, así como un plan de explotación e xestión dos recursos e a regulamentación do acceso das persoas autorizadas á súa explotación (punto 1 do artigo 49 da Lei 6/1993, do 11 de maio, de regulación e ordenación da pesca marítima; en adiante LPM). As autorizacións outorgaranse preferentemente ás entidades de interese colectivo (punto 4 do artigo 49 LPM).
- 5.- As autorizacións permiten o aproveitamento exclusivo do banco correspondente polo colectivo ou entidade, pública ou privada, a que se lle conceda, delimitando a súa superficie (artigo 42 LPM).
- 6.- No contexto de racionalización e control da explotación dos recursos marisqueiros, a Confraría elaborou un Plan de Explotación de Marisqueo a Flote para o ano 2007 e outro para o ano 2008.
- 7.- Segundo certificados asinados polo patrón maior e o secretario da Confraría, no Plan de Explotación de Marisqueo a Flote para o ano 2007, asinado o 30 de outubro de 2006, no seu apartado 5.1.4.

Topes de captura por mariscador e día, para cada especie, inclúese como norma de réxime interno para o marisqueo a flote en autorizacións a obriga, para os mariñeiros que “*non venden na lonxa da Illa ou que venden ocasionalmente terán que abonar unha cantidade que resulta de aplicar un baremo que será a media resultante do aportado pola maioría dos mariñeiros*”. Na proposta de resolución da Dirección Xeral de Recursos Mariños non se fai ningunha proposta de cambio respecto dessa obriga.

Ademais, no Plan do 2007 establecese, no apartado 5.2. Puntos de venda, a obriga de que as vendas a flote se realicen na Lonxa da Illa de Arousa e pola OPP-20. En relación a este punto, a Dirección Xeral de Recursos Mariños recolle, sen observacións, o indicado na normativa:

“*Unha vez efectuada a descarga, procederase á venda na lonxa ou centro de venta do porto de descarga. Porén, se o propietario das especies descargadas decide vender estas nunha lonxa ou centro de venda distintos do porto de descarga, poderá facer o transporte de ditas especies por vía terrestre ata a lonxa ou centro de venda de destino, coa previa obtención da guía de descarga e baixo determinadas condicións de transporte*” (artigo Tres do Decreto 101/2006, que modifica o artigo 10, punto 1, do Decreto 419/1993).

Pola súa banda, o Plan de Explotación de Marisqueo a Flote para o ano 2008, asinado o 30 de outubro de 2007, incorpora un novo apartado 5.1.8. Acceso ao Plan de Explotación, no que se establece como norma de Réxime Interno para Acceso ó Plan de Explotación os seguintes puntos:

“1. Ter aboado a cota de socio.

2. Estar un mínimo de 6 meses enrolado na 3^a lista consecutivamente antes de comenzar a traballar nas concesións ou un mínimo do 75% ó longo do ano.

3. Todos aqueles mariñeiros que non teñan facturación na lonxa da Illa de Arousa ou que vendan ocasionalmente durante o ano, deben cotizar a Confraría unha cantidade que resulta de aplicar o baremo que será a media resultante do porcentaxe de lonxa aportado pola maioría dos mariñeiros durante todo o ano.

4.[...]".

Posteriormente, a Confraría presenta modificacións ao texto do Plan previamente elaborado, que fan referencia, entre outros aspectos, ao punto 5.1.8. Acceso ao Plan de Explotación, no que fundamentalmente se xustifica o motivo ou razón para o establecemento do punto 3 anterior, e que se vinculan ao comportamento oportunista dalgúns membros da Confraría, que só se dedican á modalidade os primeiros días, no que o rendemento é maior. Para evitar estes comportamentos realiza unha Asemblea Xeral da Confraría o día 24 de outubro de 2007, na que se aproban os seguintes puntos para o Acceso ó Plan de Explotación:

"1.Ter aboado a cota de socio.

2. Estar un mínimo de 6 meses enrolado na 3^a lista consecutivamente antes de comenzar a traballar nas concesións ou un mínimo do 75% ó longo do ano.

3. Cada mariñeiro enrolado nunha embarcación con PERMEX MARISQUEO Z3 ten que abonar unha cota de 900€ anuais, destinada a sufragar os gastos derivados do coidado, vixilancia, supervisión e mantemento (gastos de combustible das embarcacións e vehículos destinados á vixilancia; gastos de

persoal necesario para as tarefas de vixilancia, lonxa e oficinas; reparación e mantemento das lanchas e demais vehículos,...; aparatos para equipar las embarcacións, vehículos, lonxa, oficinas: ‘clasificadoras, pesas, ordenadores, gps, ...’; utensilios como boias, rabizas, pintura, ...) dos bancos marisqueiros xestionados como Autorizacións pola Confraría de Pescadores da Illa de Arousa e a OPP-20. Este pagamento efectuarase directamente dende a facturación de lonxa, descontándose automaticamente unha porcentaxe da facturación que realicen durante todo o ano. Aqueles que non acadan os 900 € anuais pagarán o restante para poder ir ás autorizacións. Se se trata dun novo mariñeiro (alguén que se enrola por 1ª vez) descontaráselle a parte proporcional de cota do tempo que leve enrolado.

4. [...]"

O punto correspondente ao Plan de acceso foi aprobado por unanimidade da Asemblea Xeral da Confraría.

Ademais, no Plan do 2008 establecese de novo, no apartado 5.2. Puntos de venda, a obriga de que as vendas a flote se realicen na Lonxa da Illa de Arousa e pola OPP-20.

A Dirección Xeral de Recursos Marítimos aproba o Plan de Explotación para o ano 2008, se ben no apartado Outras consideracións exprésanse dúbidas sobre a legalidade de ter que abonar unha cantidade para poder traballar nas zonas de autorización no caso de non vender na lonxa de A Illa ou vender de forma ocasional, xa que -e se recolle de novo a normativa:

“Unha vez efectuada a descarga, procederase á venda na lonxa ou centro de venta do porto de descarga. Porén, se o propietario das especies descargadas decide vender estas nunha lonxa ou centro de venda distintos do porto de descarga, poderá facer o transporte de ditas especies por vía terrestre ata a lonxa ou centro de venda

de destino, coa previa obtención da guía de descarga e baixo determinadas condicións de transporte” (artigo Tres do Decreto 101/2006, que modifica o artigo 10, punto 1, do Decreto 419/1993).

Engádese, ademais, que:

“as organizacións de produtores pesqueiros como é o caso da OPP-20 poden impoñer normas de comercialización aos seus asociados, de acordo co establecido nos seus estatutos, polo que non se entende a medida de condicionar a actividade extractiva á comercializar na lonxa de A Illa”.

E remata, que esas normas “*deberían ser revisadas en colaboración coa axente de extensión*”.

A posibilidade das Organizacións de Produtores para impor normas de comercialización é tamén recollida na resposta da xefa do Servizo de Fomento da Organización Sectorial á denuncia de D. M. B. P.:

“b) Os membros pertencentes á organización de produtores teñen a obriga de acatar as obrigas que se recollen nos seus estatutos, segundo dispón o artigo 5 do regulamento comunitario ao que se fai referencia [Regulamento (CE) 104/2000 do Consello]. Estas medidas poderíanse facer extensivas mesmos aos produtores da zona non membros da organización, polo tanto aos afiliados á confraría, en virtude do artigo 7 do regulamente citado...”.

- 8.- A Confraría ten un acordo coa Organización de Produtores do Marisco e Cultivos Mariños da Provincia de Pontevedra (OPP-20), organización que goza de personalidade xurídica privada e capacidade de obrar, e que ten a concesión da xestión da lonxa da Illa, segundo escrito asinado pola subdirectora xeral de Estruturas e Mercados da Pesca e mais polo director de Portos de Galicia.

En virtude dese acordo coa Confraría -que é a titular das autorizacións marisqueiras-, a OPP-20 xestiona de feito a explotación das autorizacións marisqueiras en réxime de semicultivo. Isto é recollido nos seus propios Estatutos, que no seu artigo 5 sinala como finalidade da OPP-20 a de:

“adoptar as medidas necesarias para asegurar o exercicio racional do marisqueo e cultivos mariños e a mellora das condicións de venda da produción dos seus asociados, normalmente tendente a promover a posta en práctica dos plans de captura, concentración da oferta, regularización dos prezos, normas de comercialización, de calidade, fixación de prezos de retirada, etc.” (artigo 5º dos seus estatutos).

O acordo entre a Confraría e a OPP-20 incorpora con claridade unha vertente privada na defensa dos intereses profesionais.

- 9.- En tanto que xestor das autorizacións marisqueiras, a OPP-20 asume integralmente os gastos orixinados polo Plan de Explotación, gastos que son cubertos con ingresos procedentes das vendas de marisco en lonxa, xa que como se ten dito a OPP-20 ten a concesión da mesma, e das subvencións públicas da Comunidade Autónoma, do FROM e do Ministerio de Medio Ambiente e Medio Rural e Mariño. As achegas que a OPP-20 recibe por venda do marisco en lonxa, de socios ou non socios, detráense mediante descontos, do 9% para bivalvos, e do 7% para crustáceos.

O anterior significa que a OPP-20 ingresa o 9% das vendas en lonxa de bivalvos e o 7% das vendas de crustáceos, tanto de socios da Confraría como de non socios. Ademais, en virtude do acordo da Confraría, hai que supor que tamén ingresará a cantidade adicional ata os 900€ pagada directamente polos mariscadores a flote que non acaden esa cifra vía descontos sobre as vendas de produto. Este feito pode ser comprobado nos recibos emitidos

polo pago do baremo, a meirande parte dos cales teñen o logotipo ou o selo da OPP-20 (os restantes o selo da Confraría).

- 10.- Ademais do acordo, que integra de feito as funcións da Confraría na OPP-20, existe unha estreita relación baseada na coincidencia dos seus membros, que converte en comúns os seus intereses profesionais. Tal como sinala o SGDC, non resulta sinxela a separación de ambas entidades no que respecta as súas funcións, xa que ás veces prodúcese unha confusión no exercicio das respectivas competencias:

“As decisións “de importancia” que afectan a ambas organizacións son adoptadas pola Xunta Xeral da confraría e sometidas despois ó Consello de Administración da OPP-20. Ademais, “o Consello de Administración da OPP-20 e mais a Asemblea Xeral da confraría están compostos polos mesmos individuos posto que os socios da confraría son así mesmo socios da OPP-20”.

Existe polo tanto, interdependencia entre ambas persoas xurídicas e confusión nas súas funcións respectivas”.

- 11.- Á OPP-20 poden adherirse as persoas físicas ou xurídicas que voluntariamente o soliciten e que se dediquen á actividade extractiva e de comercialización en primeira fase dos mariscos e cultivos mariños.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

PRIMEIRO.- Este Tribunal considera que o presente expediente non se debe examinar segundo a Lei 16/1989, como dun xeito erróneo sinala a denunciante. Dado que o asunto se incoou con posterioridade a entrada en vigor da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia, a denuncia debe examinarse de acordo con esta lei, tal e como prevé aúa Disposición Transitoria primeira, que sinala que só os procedementos sancionadores incoados antes da entrada en

vigor desa lei, que se produciu o 1 de setembro de 2007, se tramitarán e resloverán de acordo coas disposicións vixentes no seu inicio.

SEGUNDO.- O asunto de fondo que debe decidir este Tribunal é se acepta ou non a proposta do SGDC, efectuada no seu escrito de 11 de novembro de 2008, na que declara que non resulta acreditada a existencia de prácticas prohibidas pola LDC no expediente instruído trala denuncia presentada por dona N. L. L., secretaria xeral de Agama, contra a Confraría por presuntas prácticas restritivas da competencia, consistentes segundo ela na imposición dunha cota como “*compensación por la falta de fidelidad a la lonja de la Cofradía de Pescadores*”, o que podería infrinxir a LDC no sentido de constituír:

“unha limitación inxusta para a liberdade de empresa dos socios, obstaculizando a súa posibilidade de vender noutras lonxas”.

TERCEIRO.- De conformidade cos artigos 148.1.º.11 da Constitución Española e mais o artigo 27.15 do Estatuto de Autonomía de Galicia, corresponden a esta Comunidade Autónoma competencias exclusivas na materia de marisqueo e cultivos mariños. Consecuentemente, para a análise do caso considerarase a Lei 6/1993, do 11 de maio, de regulación e ordenación da pesca marítima e mais o Regulamento (CE) 104/2000 do Consello, polo que se establece a organización común de mercados no sector dos produtos da pesca e da acuicultura. A recente Lei de pesca marítima de Galicia do 2008 entrou en vigor con posterioridade á denuncia e ao inicio de incoación do expediente.

Neste ámbito son relevantes os seguintes aspectos:

1. A Administración autonómica ten a obriga de garantir que a utilización dos recursos mariños se realice de forma que se obteña o seu máximo rendemento a través dunha explotación económica racional e eficaz que sexa compatible coa conservación das especies e o incremento do benestar comunitario (artigo 3 LPM).
2. Para conseguilo, a explotación dos recursos mariños levarase a cabo de forma controlada (artigo 4 LPM), de xeito que para mariscar haberá que contar cun permiso de explotación expedido por la Consellería de Pesca, Marisqueo y Acuicultura de la Xunta de Galicia (punto 1 do artigo 28 LPM).

CUARTO.- A Confraría réxese polo disposto na LCP, o Decreto 261/2002, que aproba as normas reguladoras das confrarías de pescadores e as súas federacións, as disposicións que o desenvolvan e os seus respectivos estatutos debidamente ratificados (artigo 2.1. do Decreto 261/2002).

As confrarías teñen que elaborar e aprobar no seo das súas respectivas asembleas os estatutos polos que rexerán aúa actuación, que haberán de someter posteriormente á ratificación da Consellería de Pesca, Marisqueo e Acuicultura. A inscrición posterior no Rexistro previsto a estos efectos no artigo 14 da presente Lei determinará aúa eficacia xurídica (punto 2 do artigo 2 LCP).

O artigo 63.1 dos Estatutos da Confraría establece que por acordo da Xunta Xeral poderanse establecer cotas extraordinarias baixo algunha das seguintes formas:

- a) Exacción directa ós membros individuais da Confraría.

b) Participación fixa ou alícuota nas cotas recadadas polas agrupacións constituídas dentro da Confraría.

QUINTO.- Entre as obrigas dos membros da Confraría, segundo o artigo 8 dos seus estatutos, están as de:

“acatar e cumplir-los acordos validamente adoptados polos órganos de goberno da confraría” e “satisfacer-las cotas ou derramas que se establezan para contribuir ó sostemento da confraría”.

SEXTO.- Para o Tribunal é útil identificar os diversos elementos que integran o acordo cara unha correcta análise do mesmo, que son:

1. Establecemento dunha cota fixa de 900€ anuais a pagar por cada mariñeiro a flote que opere nas autorizacións. Segundo argumenta a Confraría, a xestión das autorizacións supón gastos que, en virtude do acordo coa OPP-20, esa entidade debe afrontar e aos que todos os mariñeiro a flote deben contribuír.

2. Establecemento dun mecanismo de pagamento da cota, con dúas etapas:

- Primeira: Desconto automático a cada membro dunha porcentaxe da facturación que realice na lonxa da Illa durante todo o ano.
- Segunda: Aqueles membros que non acadan os 900 € anuais mediante o mecanismo anterior, por non facturar como mínimo 10.000€ na lonxa da Illa, sexa por non se dedicar dabondo ao marisqueo ou por acadar rendementos inferiores á media, sexa por non vender o seu produto na lonxa da Illa de Arousa, deben aboar directamente a cantidade que reste para

chegar aos 900€ fixados; en caso de non pagar directamente, a Confraría deduce directamente a débeda da facturación realizada polo mariscador na lonxa da Illa.

SÉTIMO.- Para a denunciante, no acordo dos órganos retores da Confraría existen diversos elementos ilícitos. Ademais de tal suposta ilicitude, a denunciante argumenta que o acordo limita inxustamente a liberdade de empresa dos socios e mesmo pode constituír unha competencia desleal para con outros servizos públicos de lonxas. Estas últimas consideracións son as relevantes para este Tribunal, xa que as súas competencias se limitan á aplicación da LDC, carecendo de potestade sobre outros corpos normativos.

Por iso, dada a tutela da Confraría pola, na actualidade, Consellería do Mar, esta ou os organismos xurisdicionais, segundo o caso, serán os competentes para resolver sobre as cuestións relativas:

- i. Á capacidade legal da Confraría para fixar cotas a pagar polos seus membros por servizos asociados á xestión das autorizacións e a vixilancia dos bancos vinculadando o seu pagamento á comercialización dos produtos na lonxa da Illa.
- ii. Á adecuación do procedemento seguido pola Confraría para fixar a citada cota, segundo o establecido nos seus Estatutos.
- iii. Á licitude dos acordos establecidos entre a Confraría e a OPP-20.
- iv. Á capacidade legal da Confraría para dar de baixa na condición de socio, e polo tanto de impedir traballar nas

autorizacións administrativas, como consecuencia da falta de pago da cota anterior.

v. Á capacidade legal da Confraría para descontar directamente a contía da cota non pagada vía desconto das ventas realizadas na lonxa da Illa de Arousa.

OITAVO.- Así pois, o TGDC só pode resolver sobre se o acordo de fixación do baremo da Confraría denunciado infrinxe a normativa de competencia.

Dada a natureza da denuncia, e de acordo coa liña fixada na actualidade pola CNC na súa Resolución do Expediente 2779.07 (*Consejo Regulador de Denominación de Origen Vinos de Jerez y Manzanilla de Sanlúcar*), o Tribunal considera que o acordo examinado se debe avaliar á luz do artigo 1 punto 1.b) LDC, que prohíbe:

"todo acordo, decisión ou recomendación colectiva, ou práctica concertada ou conscientemente paralela, que teña por obxecto, produza ou poida producir o efecto de impedir, restrinxir ou falsear a competencia en todo ou parte do mercado nacional e, en particular, os que consistan en:

[...]

b) A limitación ou o control da producción, a distribución, o desenvolvemento técnico ou os investimentos".

Consecuentemente, o TGDC analizará o efecto da cota denunciada á luz da normativa de competencia, se ben tendo en conta así mesmo o contexto de regulación e ordenación da pesca marítima vixente no momento da denuncia.

NOVENO.- A partir da información recollida no expediente pode establecerse que o inicio do proceso que da lugar á denuncia examinada se atopa nun cambio do modelo de cotas a pagar polos socios da Confraría, aprobado pola súa Asemblea Xeral, ao constataren, segundo di a propia entidade, que algúns membros realizaban un comportamento oportunista, consistente en operar só algúns días, aqueles nos que se obtén un rendemento maior. Para compensar esta conduta, a Confraría considerou que todos os seus membros debían contribuír dun xeito semellante aos gastos derivados dos servizos asociados á xestión das autorizacións, con independencia do nivel de rendemento que logren e onde vendan o produto. Para elo establece unha cota fixa vinculada, segundo ela, aos servizos de explotación da autorización.

Para o TGDC, fixar unha cota a pagar por cada un dos socios de xeito que contribúan por igual ao conxunto dos gastos de xestión e vixilancia dos bancos naturais autorizados, xa que todos eles se poden beneficiar da explotación dos recursos dun xeito semellante áinda que uns o fagan con menos intensidade que outros en razóns dos seus intereses e ocupacións persoais, non infrinxe o artigo 1.1.b) nin ten efectos anticompetitivos.

Tanto a reformulación do modelo de cotas a pagar como o establecemento dunha cota fixa polos servizos de explotación son opcións lexítimas da Confraría, xa que:

- i. A cota ordinaria pode non ser suficiente para cubrir os gastos derivados do Plan de Explotación do Marisqueo a flote que incorpora, entre outras actividades, a realización de labores de semicultivo. Estes labores e o resto de actividades xeran custos que a Confraría -en realidade a

OPP-20 que é a entidade xestora- terá que asumir como elemento integrante da explotación.

Ademais, o punto 1 do artigo 93 LPM sinala que: “*o labor de vixilancia [dos bancos autorizados], se fose preciso, haberá de correr por conta dos mesmos, como elemento integrante da explotación*”. É dicir, existen custos de vixilancia asociados á xestión das autorizacións, custos que deberán ser cubertos por alguén. Parece lóxico que os membros da entidade, que se poden aproveitar de forma similar dos recursos marisqueiros dos bancos autorizados, sexan os que os afronten.

ii. Todos os mariñeiro poden beneficiarse de forma semellante dos traballos de mellora e vixilancia dos bancos autorizados.

Ademais, o Tribunal entende que o mecanismo de pagamento establecido pola Confraría foi deseñado fundamentalmente para evitar o posible comportamento oportunista dalgúns dos seus membros que, por non se dedicar dun modo habitual ao marisqueo, contribuíán insuficientemente aos gastos de xestión e vixilancia do banco natural da Confraría. Así mesmo, considera que o mecanismo de pagamento establecido ten a vantaxe para a meirande parte dos socios, que segundo os datos facilitados acada como mínimo 10.000 € anuais de facturación e vende na lonxa da Illa, de non ter que realizar ningún pago directo xa que os descontos sobre as vendas acadan a cifra fixada de 900 €, ao tempo que lles permite axustar no tempo os pagos aos seus ingresos.

DÉCIMO.- Porén o anterior, o TGDC entende que a Confraría non aplica dun xeito correcto o principio dunha cota fixa igual para todos os socios como contribución aos gastos de xestión da

autorización, xa que de feito o que ten establecido é unha cota igual para todos os socios como contribución aos gastos de xestión das autorizacións e aos gastos da lonxa, e isto último con independencia do uso que se faga da mesma. Tres razóns cando menos avalan esta interpretación:

i. O propio contido do aprobado na Asemblea Xeral da Confraría do día 24 de outubro de 2007, na que se aproba, entre outros o punto 3 para o Acceso ó Plan de Explotación, que textualmente di:

“3. Cada mariñeiro enrolado nunha embarcación con PERMEX MARISQUEO Z3 ten que abonar unha cota de 900€ anuais, destinada a sufragar os gastos derivados do coidado, vixilancia, supervisión e mantemento (gastos de combustible das embarcacións e vehículos destinados á vixilancia; gastos de persoal necesario para as tarefas de vixilancia, lonxa e oficinas; reparación e mantemento das lanchas e demais vehículos,...; aparatos para equipa-las embarcacións, vehículos, lonxa, oficinas: ‘clasificadoras, pesas, ordenadores, gps, ...’; utensilios como boias, rabizas, pintura, ...) dos bancos marisqueiros xestionados como Autorizacións pola Confraría de Pescadores da Illa de Arousa e a OPP-20. Este pagamento efectuarase directamente dende a facturación de lonxa, descontándose automaticamente unha porcentaxe da facturación que realicen durante todo o ano. Aqueles que non acaden os 900 € anuais pagarán o restante para poder ir ás autorizacións. Se se trata dun novo mariñeiro (alguén que se enrola por 1ª vez) descontaráselle a parte proporcional de cota do tempo que leve enrolado”.

ii. O feito, recollido no expediente, de que a OPP-20 non ten outra achega dos socios da Confraría que a porcentaxe do

9% sobre a facturación realizada por socios e non socios (utilízase esta porcentaxe por simplificar aínda que na realidade a porcentaxe é do 9% para bivalvos e do 7% para crustáceos).

iii. No suposto de que a OPP-20 non asumira a xestión da explotación das autorizacións da Confraría tería que cobrar, porén, as taxas correspondentes á función de xestión da lonxa.

DÉCIMO

PRIMEIRO.- Asumido que a cota retribúe servizos asociados a xestión das autorizacións mais tamén asociados a xestión da lonxa, un exemplo axudará a identificar o seu efecto diferencial na contribución aos gastos de explotación da autorización en distintas situacións. Supóñase que a aportación do 9% se distribúe de modo que o 3% sexa para cubrir os gastos de xestión da explotación e o 6% restante para cubrir os gastos da lonxa. Co sistema fixado:

- O membro da Confraría medio ou típico, que vende 10.000 euros/ano, aportaría 300 € aos gastos de explotación e 600 € aos gastos da lonxa. En total, a súa aportación sería de 900 €.
- O membro da Confraría que obteña un rendemento inferior a 10.000 euros anuais, polo motivo que sexa, por exemplo 6.000 euros que vende na lonxa da Illa, contribuiría segundo o acordo con 900 €. Agora ben, como por uso da lonxa lle corresponderían 360 €, a aportación á xestión é de 540 €. É dicir, este socio da Confraría non pagaría a mesma cota como contribución aos gastos de explotación da autorización, senón unha cantidade superior aos 300 € aportados polo socio medio.

- O membro da Confraría que obteña un rendemento inferior a 10.000 euros anuais, de novo supoñamos 6.000 euros, pero que non comercializa o produto na lonxa da Illa, contribuiría tamén segundo o acordo con 900 €, se ben, como por non uso da lonxa só tería que contribuír cun 1% de retorno (punto 2 do artigo 48 do Decreto 261/2002), o seu pagamento por este concepto sería 60 €, polo que a súa aportación á xestión da autorización sería de 840 €. Como no caso anterior, este socio da Confraría non pagaría a mesma cota como contribución aos gastos de explotación da autorización (300 €), senón unha cantidade superior á aportada polo socio medio.

Como amosa o exemplo anterior, o efecto da cota fixada non é que todos os socios realicen a mesma contribución aos gastos de explotación da autorización –que no exemplo considerado sería de 300 €– senón que algúns paguen por este concepto máis do que lles correspondería ou, alternativamente na terminoloxía da denunciante, que se penalice a súa falta de fidelidade a lonxa da Illa, ou na da subdirectora xeral de Estruturas e Mercados da Pesca, que se penalice polo non uso da lonxa.

DÉCIMO

SEGUNDO.- O efecto penalizador do sistema establecido é consecuencia da natureza da cota fixada, que non é só unha contribución aos gastos de xestión das autorizacións, senón tamén aos gastos da lonxa. É dicir, a cota avaliada agrega dous conceptos de pago: explotación das autorizacións e lonxa, sen diferencialos adequadamente; isto é incorrecto. Un sistema axeitado só pode establecer a cota como contribución á explotación das autorizacións, e tal cota ten que ser independente do volume de facturación do socio na lonxa da Illa. Para pagar os servizos da lonxa xa están as taxas correspondentes.

DÉCIMO

TERCEIRO.- Que a cota fixa establecida sexa unha contribución non só aos gastos de xestión das autorizacións, senón tamén aos gastos da lonxa, podería ter efectos sobre a competencia.

Un primeiro efecto, que se vincularía co artigo 1.1.b) LDC no seu contido de “*producción*”, ten que ver co feito de dar de baixa aos posibles infractores na súa condición de socios, e polo tanto impedirlles traballar nas autorizacións administrativas. Sen entrar na licitude desta medida, pois este Tribunal non ten potestade para a súa avaliación, e contrándose no ámbito da competencia, o TGDC entende que tal baixa non tería un efecto significativo no mercado pois tales membros, que serían substituídos por outros, non teñen un comportamento competitivo diferenciado respecto dos demais que xere prezos más baixos ou unha calidade superior.

DÉCIMO

CUARTO.- Outro efecto potencial sobre a competencia do sistema de cota fixa establecido ten que ver coa limitación da distribución do produto noutras lonxas. Segundo a LDC tal limitación suporía unha infracción do seu artigo 1.1.b).

O artigo 4 LDC sinala que esta limitación queda eximida no caso de que as condutas denunciadas resulten da aplicación dunha lei. O Tribunal non atopou ningunha lei que ampare tal limitación, senón que, ao contrario, a normativa do sector pesqueiro protexe a liberdade dos operadores:

- As operacións de descarga de pesca que se realicen nos portos que foron transferidos á Comunidade Autónoma Galega levaranse a cabo en réxime de libertade de empresa, con suxección ao establecido nas disposicións de réxime e policía de portos (artigo 1 do Decreto 157/1986, que regula as operacións de carga e descarga de pesca de buques

pesqueiros nos portos transferidos, e artigo 5 do Decreto 419/1993, que refunde la normativa vigente sobre descarga, primera venta y comercialización de los recursos marinos en fresco).

– Unha vez efectuada a descarga, procederase á venda na lonxa ou centro de venta do porto de descarga. Porén, se o propietario das especies descargadas decide vender estas nunha lonxa ou centro de venda distintos do porto de descarga, poderá facer o transporte de ditas especies por vía terrestre ata a lonxa ou centro de venda de destino, coa previa obtención da guía de descarga e baixo determinadas condicións de transporte (artigo Tres do Decreto 101/2006, que modifica o artigo 10, punto 1, do Decreto 419/1993, que refunde a normativa vixente sobre descarga, primeira venda e comercialización dos recursos mariños en fresco).

O TGDC considera que o acordo da Confraría ao fixar a cota avaliada neste expediente, que integra tanto unha contribución aos gastos de explotación das autorizacións da Confraría como unha contribución aos gastos da lonxa da Illa, ten potencial para desincentivar e obstaculizar a venda do marisco noutras lonxas, limitando a súa distribución e diminuíndo o seu efecto equilibrador dos prezos.

Ademais, este Tribunal entende que tal limitación non está xustificada dende a perspectiva da explotación racional e controlada dos recursos, xa que non existe relación entre unha explotación de tales trazos e a venda dos produtos na lonxa da Illa.

DÉCIMO

QUINTO.- O artigo 5 LDC sinala que as recomendacións recollidas nos artigos 1 a 3 desa lei non se aplicarán a aquelas conductas que, pola súa escasa importancia, non sexan capaces de afectar de maneira significativa á competencia.

E no Real Decreto 261/2008, do 22 de febreiro, polo que se aproba o Regulamento de defensa da competencia, e más concretamente no seu artigo 3.1. recóllese que:

“Sen prexuízo do disposto nos artigos anteriores e para efectos do establecido nos artigos 5 e 53.1.b) da Lei 15/2007, do 3 de xullo, o Consello da Comisión Nacional da Competencia [Pleno do TGDC no noso caso] poderá declarar non aplicables os artigos 1 a 3 da citada lei ás condutas que, atendendo ao seu contexto xurídico e económico, non sexan aptas para afectar de maneira significativa a competencia.”

Consecuentemente, cómpre examinar se, no contexto xurídico e económico do sector pesqueiro, o acordo é apto para afectar de maneira significativa a competencia.

DÉCIMO

SEXTO.- O TGDC considera que o efecto da cota na distribución de marisco noutras lonxas é mínimo. E isto por varias razóns:

1. A escasa amplitude do mercado afectado.
2. Os obstáculos normativos a venda do marisco noutras lonxas diferentes á da Illa; obstáculos que derivan:
 - i. Da inercia derivada da descarga obligatoria do marisco nesa lonxa, pois:

“O marisco en fresco descargado nos portos e centros de descarga da Comunidade Autónoma de Galicia deberá venderse obligatoriamente nas lonxas ou centros de venda autorizados regulamentariamente” (artigo Uno do Decreto 101/2006, de Modificación del Decreto 419/1993, de 17-12-1993, que modifica o artigo 7.1. do Decreto 419/1993, que refunde la

normativa vixente sobre descarga, primeira venda y comercialización de los recursos mariños en fresco).

"O control das descargas e mais das poxas será levado a cabo pola entidade da que dependan as respectivas lonxas e centros autorizados, a cal será responsable de que se cumpra a normativa establecida para a comercialización dos produtos descargados" (artigo Uno do Decreto 101/2006, de Modificación del Decreto 419/1993, de 17-12-1993, que modifica o artigo 7.2. do Decreto 419/1993).

- ii. Do estímulo normativo á venda do produto descargado na mesma lonxa, xa que:

"Unha vez efectuada a descarga, procederase á venda na lonxa ou centro de venta do porto de descarga. Porén, se o propietario das especies descargadas decide vender estas nunha lonxa ou centro de venda distintos do porto de descarga, poderá facer o transporte de ditas especies por vía terrestre ata a lonxa ou centro de venda de destino, coa previa obtención da guía de descarga e baixo determinadas condicións de transporte" (artigo Tres do Decreto 101/2006, que modifica o artigo 10, punto 1, do Decreto 419/1993).

O anterior evidencia a intencionalidade de relacionar o porto de descarga co punto de venda, seguramente con obxectivo de reforzar o control dos produtos pesqueiros derivado da normativa da Unión Europea. De aquí as esixencias de documentos de explotación e transporte cando os produtos se poñan en venda en lugares distintos aos de descarga.

iii. Dos custos da lonxa, aínda que non se venda nela.

“Aportado o produto do marisqueo, con independencia da realización da venda, o propietario do producto estará obrigado a abonar as taxas, prezos públicos e cánones aplicables nos portos da Comunidade Autónoma de Galicia. Os titulares das lonxas ou os concessionarios das mesmas estarán obligados a facer as retencións das taxas, prezos públicos e cánones aplicables nos portos da Comunidade Autónoma de Galicia pola actividade nelas desenvolvida, de conformidade, no seu caso, co título concesional e nas formas previstas regulamentariamente” (artigo 12 do Decreto 419/1993, modificado no Decreto 101/2006).

iv. Dos custos e trámites burocráticos asociados ao transporte do producto a outra lonxa, orientados a garantir a seguridade sanitaria aos consumidores. Véxase, por exemplo, a nivel de normativa básica de ordenación do sector pesqueiro, o artigo 7 do R.D. 2064/2004 e, a nivel galego, o artigo 1 da Orde da Consellería de Pesca e Asuntos Marítimos, do 10 de xuño, que modifica a Orde do 8 de febreiro de 2008, que regula o control da descarga e do transporte dos produtos pesqueiros frescos ata a fase de primeira venda e o transporte de moluscos bivalvos, equinodermos, tunicados e gasterópodos mariños vivos.

3. A cantidade mínima de producto comercializado polos membros da Confraría noutras lonxas, como indica a inexistencia de pagos de retorno, segundo indica a Confraría e non desminte a denunciante.

DÉCIMO

SÉTIMO.- A pesar do escaso efecto sobre a competencia do acordo avaliado, cómpre eliminar a cota resultante do mesmo xa que o seu deseño actual non resulta axeitado para acadar os fins que a xustifican, que se vinculan co aproveitamento racional e controlado dos recursos marisqueiros.

DÉCIMO

OITAVO.- A denunciante tamén sinala que o acordo examinado podería supor unha competencia desleal da Confraría con outras entidades semellantes con afectación ao interese público (artigo 3 LDC).

Porén, o TGDC non identifica no acordo a posibilidade de tal práctica, xa que a Confraría non ten a concesión da lonxa da Illa e, polo tanto, non compite con outras entidades que xestionen lonxas; consecuentemente, o acordo non ten fins concurrenceais. Ademais, o contido do acordo non se axusta a ningún dos tipos recollidos na Lei 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Vistos os preceptos legais aplicables e os de xeral aplicación, o Tribunal Galego de Defensa da Competencia

RESOLVEU

PRIMEIRO.- Declarar que non debe aplicar os artigos 1 a 3 Lei 15/2007, de 3 de xullo, de defensa da competencia, ao acordo da Confraría de Pescadores “*San Julián*” da Illa de Arousa, denunciado por dona N. L. L., secretaria xeral da Asociación Galega de Mariscadores/as (Expediente S 5/2008, “Confraría de Pescadores da Illa de Arousa”), dada a escasa importancia do mesmo, que non ten capacidade para afectar de maneira significativa á competencia.

SEGUNDO.- Instar á Confraría de Pescadores “*San Julián*” da Illa de Arousa a que anule a cota de 900€ a pagar por cada mariñeiro enrolado nunha embarcación con PERMEX MARISQUEO Z3, xa que tal cota mixtura a contribución aos gastos derivados dos servizos de xestión da explotación das autorizacións co pagamento dos gastos polo uso da lonxa da Illa. En calquera caso, tal cota non poderá ser incluída nos sucesivos Plans de Explotación do Marisqueo a flote.

O anterior non significa que a Confraría de Pescadores “*San Julián*” da Illa de Arousa non poda establecer, se o considera conveniente, unha cota fixa a pagar por cada un dos mariñeiro como contribución aos gastos da explotación das autorizacións, pero tal contribución deberá ser establecida de modo tal que non supoña atrancos á venda noutras lonxas do produto dos socios que así o desexen.

O anterior tampouco significa que a Confraría de Pescadores “*San Julián*” da Illa de Arousa non poda asinar un acordo coa OPP-20, se o considera conveniente, para que o pagamento dessa cota se poda realizar vía desconto na facturación do produto de cada mariscador que así o solicite. Se así se establecera, nos recibos emitidos pola OPP-20 deberá indicarse con claridade que o pagamento é polo concepto “explotación das autorizacións marisqueiras”.

TERCEIRO.- Instar á Confraría a que, no caso de manter na actualidade a obriga de que o producto obtido a flote nos bancos autorizados se venda na lonxa da Illa, a elimine dos sucesivos Plans de Explotación do Marisqueo.

CUARTO.- Instar ao Servizo Galego de Defensa da Competencia a que vixile o cumprimento do punto anterior.

Comuníquese esta Resolución ao Servizo Galego de Defensa da Competencia, e notifíquese aos interesados, facendo constar de que contra ela non cabe recurso algúin en vía administrativa, podendo interpoñer recurso Contencioso Administrativo ante o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses contados dende a súa notificación.

**4. Expediente RA 15/2008 (“Hostalaría de Santiago de Compostela”).
Resolucón de 16 de xaneiro de 2009.**

Pleno

Sres.:

- D. José Antonio Varela González, Presidente
- D. Fernando Varela Carid, Vogal
- D. Alfonso Vez Pazos, Vogal

En Santiago de Compostela, 16 de xaneiro de 2009.

O Pleno do Tribunal Galego de Defensa da Competencia, coa composición indicada máis arriba e sendo Relator D. Alfonso Vez Pazos, vogal do TGDC, ditou a seguinte resolución no Expediente RA 15/2008. Hostalería de Santiago de Compostela (Expediente 15/2008, do Servizo Galego de Defensa da Competencia) tras examinar a proposta de non incoación do expediente, da denuncia presentada por D. F. M. S., en nome e representación da Asociación *de Hostelería Nocturna de Compostela*, contra diversos establecementos hoteleiros e de restauración de Santiago de Compostela, por presuntas prácticas contrarias á normativa de defensa da competencia.

ANTECEDENTES DE FEITO

- 1.- Con data 6 de agosto de 2008 tivo entrada no Servizo Galego de Defensa da Competencia (en diante SGDC) o escrito de denuncia presentado por don Francisco Méndez Senlle, en nome e representación da Asociación de Hostelería Nocturna de Compostela, por presuntas prácticas restritivas da competencia levadas a cabo por varios establecementos hoteleiros e de restauración de Santiago de Compostela. En concreto, a denuncia formulase contra os titulares dos hoteis Puerta del Camino, AC Palacio del Carmen, Gran Hotel, San Francisco Hotel Monumental, Los Abetos, NH Obradoiro, Pazo de San Lorenzo y Hostal de los Reyes Católicos. Porén a especificación destes hoteis –“os infractores más importantes”–, o citado escrito recolle que as prácticas denunciadas tamén son realizadas por outros hoteis e restaurantes especializados de Santiago de Compostela, Brión, Teo e Padrón.
- 2.- Segundo se recolle no infome-proposta do SGDC, os feitos denunciados son os seguintes:
 - “Os hoteis indicados organizan ‘dende hai dous ou tres anos’ banquetes, vodas, bautizos,... “ofrecendo ós seus clientes ademais da comida, música, baile e actuacións en directo de músicos, grupos musicais, pinchadiscos, etc., acompañados tamén dun servizo de ‘barra libre’, ata as 6 ou as 7 da mañá, polo que acaban converténdose en xigantescas salas de festas, salas de baile, salas de concertos, pubs ou discotecas”.
 - Estas condutas son ilegais, xa que os denunciados non contan coa licenza de “salón de banquetes”, tal e como se esixe no Decreto 242/2004, do 18 de novembro, polo que se aproba o Catálogo de actividades recreativas e espectáculos públicos da Comunidade Autónoma de Galicia, modificado polo Decreto 160/2005, do 2 de xuño.

• No suposto de dispoñer desta licenza de “salón de banquetes” soamente poderían desenvolver actividade de baile”, non ofrecer actuacións en directo, nin concertos, nin sesións de pinchadiscos. Nestes casos estarían infrinxindo a Lei orgánica 1/1992, do 21 de febreiro, sobre protección de seguridade cidadá na que se considera infracción grave a celebración de espectáculos públicos ou actividades recreativas carecendo de autorización.

• Os establecementos de hostalería nocturna están sometidos a continuas inspeccións e visitas policiais para impedir que realicen actividades para as que non teñen licenza ou incumpran horarios de peche, o que non ocorre cos establecementos denunciados. Estes incumpren o disposto na Orde do 16 de xuño de 2005 pola que se determinan os horarios de apertura e peche de espectáculos e establecementos públicos. Sobre esta cuestión, denunciase a “pasividade, deixación de funcións e desatención da Policía Local de Santiago” cando membros da Xunta Directiva da asociación chamaron por teléfono para denuncia –los excesos de horarios dos hoteis.”

3.- A xuízo do denunciante, os citados feitos constitúen “unha práctica conscientemente paralela, que ten por obxecto ou produce o efecto de impedir, restrinxir ou falsea-la competencia no termo municipal de Santiago de Compostela e comarca e, en particular, consiste na aplicación de condicións desiguais, para prestacións equivalentes que colocan ós competidores en situación desvantaxosa fronte a outros”. Así mesmo, constituirían actos de competencia desleal xa que os hoteis obteñen unha vantaxe competitiva mediante a infracción de leis.

4.- Para o denunciante, os afectados por tales condutas serían todos os establecementos de hostalería nocturna de Santiago de Compostela e comarca, non só os membros da asociación

denunciante, que representan o 30% dos locais de ocio e entretenimento nocturno dese territorio.

5.- Finalmente, o denunciante da conta de todas as accións emprendidas, tanto ante o Concello de Santiago de Compostela, como na Consellería de Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza da Xunta de Galicia, achegando copia das denuncias presentadas polos mesmos feitos.

6.- O SGDC, tras determinar a competencia dos órganos autonómicos de defensa da competencia, en aplicación dos puntos de conexión establecidos na Lei 1/2002, do 21 de febreiro, de Coordinación das Competencias do Estado e as Comunidades Autónomas en materia de Defensa da Competencia, iniciou o trámite de información reservada, ao abeiro do disposto no artigo 49.2 LDC, co obxecto de determinar, con carácter preliminar, acerca da posible existencia de indicios dunha práctica prohibida polos artigos 1, 2 ou 3 LDC. Neste trámite solicitáronse alegacións ós establecementos denunciados, así como informe sobre o contido da denuncia ás Concellerías de Urbanismo e Vivenda, e de Mobilidade, Seguridade Cidadá e Servizos, do Concello de Santiago de Compostela.

7.- Con data 26 de setembro de 2008 tivo entrada no SGDC un novo escrito do denunciante no que se xuntaba copia dunha resolución do Concello de Santiago de Compostela de incoación de expediente de reposición da legalidade urbanística contra Promociones Turísticas Jacobea, SA. (Hotel Los Abetos) e copias parciais das notificacións doutras resolucións que afectan ás entidades Camino Santo, SA. (Hotel Puerta del Camino); Compostela de Alojamientos y Servicios, SA. (Gran Hotel Santiago) e Hotel Obradoiro, S.A. (Hotel NH Obradoiro).

8.- Como se recolle no informe-proposta, as denunciadas presentaron alegacións, nas que argumentan o seguinte:

- “Que as actividades denunciadas non se prestan nestes establecementos dende hai “2 ou 3 anos” como se di na denuncia, senón dende datas anteriores (excepto no Hotel San Francisco, que comezou as súas actividades a finais de 2005), en base á licenza de hotel con restaurante da que dispoñían (licenza de restaurante no caso do Pazo de San Lorenzo).
- Que dende a entrada en vigor do Decreto 160/2005, do 2 de xuño, polo que se modifica o Decreto 292/2004, do 18 de novembro, polo que se aproba o catálogo de espectáculos públicos e actividades recreativas da Comunidade Autónoma de Galicia, regúlase como independente a actividade “salón de banquetes”, sendo dubidosa a aplicación retroactiva destas normas “.

Algúns establecementos xa solicitaron, non obstante, a nova licenza (Pazo de San Lorenzo, Hotel Los Abetos, Hotel NH Obradoiro), mentres que outros comunican que procederán a tramitala de inmediato (Gran Hotel, Hotel Puerta del Camino, Hotel Monumento San Francisco).

- Os mercados afectados son distintos, xa que os servizos que prestan os establecementos de hostalería nocturna e os hoteis, nas celebracións con comida e baile posterior, son tamén distintos.”

9.- Con data 20 de outubro de 2008 recibiuense no SGDC a documentación enviada polo Concello de Santiago de Compostela, consistente en copias dos expedientes incoados na Sección de Disciplina Urbanística — Urbanismo contra Promociones Turísticas Jacobeas, SA. (Hotel Los Abetos); Camino Santo, S.A. (Hotel Puerta del Camino); Compostelana de Alojamientos y Servidos, SA. (Gran Hotel Santiago) e NH Hoteles (NH Obradoiro).

Os citados expedientes foron abertos por denuncia da mesma Asociación de Hostelería Nocturna de Compostela, por inadecuación das licenzas dos hoteis denunciados para ofrecer banquetes con música. Como destaca o SGDC, nos expedientes aparecen informes do xefe da sección de licenzas nos que se indica que:

“ningún local aberto con anterioridade ten licenza específica de salón de banquetes”. ‘Se o restaurante do hotel celebra vodas, como parece se-lo caso, deberá solicitar ampliación da licenza para a actividade de salón de banquetes’. Tamén aparecen informes xurídicos sobre se estes hoteis deben contar con licenza de actividade cualificada como inocua ou ben como molesta, de acordo co previsto no RAMINP (Regulamento de actividades molestas, insalubres, nocivas e perigosas): “... moitos pequenos hoteis contan con licenza de actividade inocua e os maiores establecementos hoteleiros contan con licenzas tramitadas como molestas. Moi poucos son os que non contan con licenza en regra para a súa actividade principal”. Se o proxecto de hotel tivera incluído expresamente o servizo de restaurantes ou cafeterías abertas ó público entre os que son obxecto de licenza, esta debe tramitarse de acordo co RAMINP. Neste informe xurídico indícase tamén que se a licenza do establecemento inclúe o servizo de restaurante ou cafetería, podería servir comidas, pero non celebrar bailes posteriormente. Para isto requiren licenza específica de salón de banquetes.

Engádese tamén que:

“Sería conveniente remitir un comunicado ós sectores afectados (asociación de hostaleiros, hoteis, comunicado en prensa) que deben solicitar que, ademais da súa licenza de restaurante ‘normal’, figure na súa licenza o uso de salón de banquetes para que poida seguir celebrando bailes despois das comidas de vodas

ou primeiras comuñóns con arranxo á disposta no Catálogo de actividades. E unha obriga dos interesados adaptarse ó catálogo.”

- 10.- Unha vez avaliada a información dispoñible, o SGDC remitiu ao TGDC, en data 29 de outubro de 2008, a proposta de non incoar expediente sancionador, co correspondente arquivo da denuncia, ao non apreciar indicios de infracción da citada lei.
- 11.- Este Tribunal deliberou e pronunciouse sobre o asunto na súa reunión do 15 de xaneiro de 2008.

FUNDAMENTOS XURÍDICOS

PRIMEIRO.- A Lei 15/2007, de Defensa da Competencia, establece no artigo 49.3 que o Consello da Comisión Nacional de Competencia poderá acordar non incoar os procedementos derivados da presunta realización de condutas prohibidas polos artigos 1, 2 e 3 LDC, e o arquivo de actuacións cando considere que non hai indicios de infracción da Lei. En virtude da Disposición adicional oitava da mesma Lei 15/2007, esta facultade está atribuída tamén aos órganos de resolución das Comunidades Autónomas con competencia na materia, no caso de Galicia, este Tribunal.

SEGUNDO.- A denuncia formúlase contra os titulares dos hoteis Puerta del Camino, AC Palacio del Carmen, Gran Hotel, San Francisco Hotel Monumental, Los Abetos, NH Obradoiro, Pazo de San Lorenzo e Hostal de los Reyes Católicos por condutas específicas: ofrecer aos seus clientes, “ademas da comida, música, baile e actuacións en directo de músicos, grupos musicais, pinchadiscos, etc., acompañados tamén dun servizo de ‘barra libre’, ata as 6 ou as 7 da maña’, polo que acaban converténdose en xigantescas salas de festas, salas de baile, salas de concertos, pubs ou discotecas”. Na

denuncia tamén se recolle que estas condutas son realizadas por outros hoteis e restaurantes especializados de Santiago de Compostela, Brión, Teo e Padrón, que non se identifican.

TERCEIRO.- Nesta fase do procedemento, a análise a realizar polo TGDC só ten que resolver sobre a existencia, ou non, de indicios de infracción da normativa de defensa da competencia. Para o Servizo, tales indicios non existen xa que:

- Ámbolos dous tipos de establecementos non son competidores, pois as “actividades duns e outros non son substituíbles nin intercambiables nin, polo tanto, constitúen un mesmo mercado relevante de produto ou servizo”.
- O modo da denuncia é improcedente, xa que “Non pode realizarse unha denuncia de xeito xenérico, seleccionando os denunciados con criterios de relevancia, e sen atribuír condutas concretas a cada un deles”.
- Da denuncia presentada “non se deduce a existencia do comportamento plural (colusión), que sería requisito indispensable para aplicar este artigo [artigo 1]da lei”.
- As posibles infraccións en materia de horarios ou actividades molestas “deben resolverse no ámbito municipal, xa que se trata de competencias propias do concello sobre as que non corresponde pronunciarse a outros órganos administrativos.”

CUARTO.- Para o SGDC, as actividades duns e outros establecementos non son substituíbles nin intercambiables, consecuentemente os hoteis e restaurantes denunciados non serían competidores dos establecementos que

representa o denunciante. O TGDC non está de acordo con esta apreciación do Servizo por dúas razóns:

1. Se non foran competidores non se entende o sentido da denuncia, xa que a actividade denunciada non afectaría aos intereses dos establecementos nocturnos.
2. Se ben é certo que a competencia entre ámbolos dous tipos de establecementos non acontece no conxunto das actividades desenvolvidas polos hoteis nin durante toda o tempo que estes permanecen abertos, e mesmo que tal competencia ten un carácter asimétrico, elo non significa que non rivalicen por unha parte do tempo de ocio e entretemento dos posibles usuarios e polas rendas potencialmente gastadas nese tempo.

Evidentemente os establecementos nocturnos non compiten cos salóns de banquetes dos hoteis cando a voda ou a celebración se realiza en horario diúrno, nin compiten con eles en parte dos servizos asociados a tales celebracións, por exemplo, na comida. Pero parece evidente que cando a celebración se realiza en horario nocturno, unha vez finalizada a cea, o acontecemento festivo pode alongarse, desenvolvéndose nese tempo actividades de conversa, consumo de bebidas e baile que poden alongarse e coincidir coa franxa temporal na que cobren a súa demanda os establecementos de hostalaría nocturna. Nese espazo temporal no que ámbolos dous tipos de establecementos permanecen abertos ofertando servizos de ocio prodúcese unha relación competitiva, xa que os consumidores poden optar para tal servizo entre un tipo ou outro.

QUINTO.- Para o SGDC, a denuncia é improcedente, xa que “Non pode realizarse unha denuncia de xeito xenérico”. O Tribunal está de acordo coa apreciación do SGDC da insuficiencia da denuncia xenérica realizada sobre os hoteis e restaurantes

especializados de Santiago de Compostela, Brión, Teo e Padrón non identificados. Polo contrario, o Tribunal considera suficientes os elementos de identificación contidos na parte específica da denuncia, xa que nela se identifica suficientemente un conxunto de establecementos e unhas prácticas concretas.

SEXTO.- Para o Servizo, da denuncia presentada “non se deduce a existencia do comportamento plural (colusión), que sería requisito indispensable para aplicar este artigo [artigo 1] da lei”. De acordo co SGDC, o Tribunal considera que os feitos presentados non aportan indicios de infracción do artigo 1.1 LDC, xa que non amosan fixación conxunta de prezos, nin reparto do mercado, nin acordos sobre outras condicións comerciais.

SÉTIMO.- O TGDC tamén está de acordo co SGDC en que as posibles infraccións administrativas derivadas da actuación no mercado sen as licenzas necesarias, do incumprimento dos horarios ou da realización de actividades molestas por parte de establecementos e espectáculos públicos deben ser resoltas polos organismos competentes, de acordo co Decreto 309/2003, do 11 de xullo, que determina o procedemento aplicable para o exercicio da potestade sancionadora neses casos, e mais da Orde do 16 de xuño de 2005, sobre horarios de apertura e peche de espectáculos e establecementos públicos na Comunidade Autónoma de Galicia.

Agora ben, o antedito non supón que os posibles efectos anticompetitivos, só eses, das conductas denunciadas non poidan ser avaliados polas autoridades de competencia.

OITAVO.- A cuestión que resta por examinar é se a conduta unilateral de cada un dos hoteis denunciados é susceptible de ser cualificada como comportamento desleal e, ademais, ten

capacidade para afectar ao interese público, o que infrinxiría o artigo 3 da Lei de Defensa da Competencia.

NOVENO.- A cualificación dun acto como competencia desleal esixe que poda ser tipificado en relación a algún dos artigos relevantes da Lei 3/1991, de Competencia Desleal. Dado que a denuncia ten que ver co desenvolvemento de actividades para as que se carece de licenza e tamén co incumprimento de horarios de peche, o artigo 15 LCD, relativo a violación de normas, resulta relevante.

O art. 15 LCD, sobre violación de normas, ten dous apartados:

“1. Considérase desleal prevalerse no mercado dunha vantaxe competitiva adquirida mediante a infracción das leis. A vantaxe ten que ser significativa.

2. Terá tamén a consideración de desleal a simple infracción de normas xurídicas que teñan por obxecto a regulación da actividade concurrencial.”

Consecuentemente, unha conduta que viole unha norma que teña por obxecto a regulación da actividade concurrencial debería ser cualificada como desleal, mentres que se a norma infrinxida non ten por obxecto regular tal actividade, para cualificar a conduta como desleal será preciso que a infractora se beneficie da vantaxe competitiva resultante e que a vantaxe así obtida sexa significativa.

DÉCIMO.- No caso examinado, se os establecementos denunciados dispuxeran da licenza de “salón de banquetes” e, por tanto, ofreceran dun xeito lícito música e baile, e o fixeran cumprindo o horario de apertura fixado, a súa actividade non infrinxiría a normativa, áinda que se puidera pensar que

compiten con vantaxe, pois os consumidores xa están nese espazo, as consumicións poden ser más baratas e mesmo de balde.

DÉCIMO

PRIMEIRO.- Polo contrario, haberá infracción xurídica por parte dos establecementos denunciados se estes non puideran ofrecer baile por carecer da licenza de “salón de banquete”, xa que o Decreto 292/2004, de 18 novembro, que aproba o Catálogo de espectáculos públicos e actividades recreativas da Comunidade Autónoma de Galicia, no apartado no que se identifican as actividades de restauración, no punto 2.7., se definen estas “a efectos deste catálogo, como as que teñen por obxecto a prestación de servizo de bebidas e comida elaborada para o seu consumo no interior dos locais. Na categoría de restaurantes (2.7.1.) identifícase a subcategoría 2.7.1.1. “Salóns de banquetes: restaurantes destinados a servir comidas e bebidas a un público agrupado, mediante prezo concertado, para ser consumidas en data e hora predeterminadas en servizo de mesas no mesmo local. Poden realizar actividades de baile posterior á comida, sempre que reúnan as debidas condicións de seguridade e insonorización.”

E ademais, a Disposición transitoria primeira recolle que “A partir da entrada en vigor do presente Decreto, e durante o prazo de dous anos, os concellos da Comunidade Autónoma deberán proceder de oficio á actualización das licenzas outorgadas con anterioridade para o só obxecto de adaptar a denominación de cada espectáculo, actividade ou tipo de establecemento, ás denominacións e definicións contidas no catálogo que mediante esta norma se aproba.” E se tales actividades de baile desenvólvense no horario no que cobren a súa demanda os establecementos de hostalaría nocturna, poderían estar a competir dun xeito desleal con estes.

DÉCIMO

SEGUNDO.- Por outra banda, se os establecementos denunciados ofrecen música e baile e dispoñen da licenza de “salón de banquete” correspondente, pero tal actividade se desenvolve despois da hora de peche fixada para os salóns de banquetes, estarían tamén infrinxindo a normativa, xa que no relativo aos horarios, a Orde do 16 xuño de 2005, que determina os horarios de apertura e peche de espectáculos e establecementos públicos na Comunidade Autónoma de Galicia establece:

“Artigo 1. Fixación de horarios

Os espectáculos e festas terminarán e os establecementos públicos poderán exercer a súa actividade, como máximo, ata as horas sinaladas que seguen a continuación:

...

2.6.1. Salas de festas: 5,30 h.

2.6.2. Discotecas: 5,30 h.

2.6.3. Salas de baile: 5,30 h.

2.6.4. Pubs: 4,00 h.

2.7.1. Restaurantes: 2,30 h.

2.7.1.1. Salóns de banquetes: 3,30 h.

2.7.2. Bar, café-bar: 2,30 h.

2.7.3. Cafetería: 3,00 h.

...

Artigo 2. Ampliación do horario máximo

As noites que van de xoves a venres, de venres a sábado, de sábado a domingo e de domingo a luns, así como as noites anteriores aos festivos e a do festivo, estes horarios serán ampliados media hora (para salóns recreativos e de xogo esta ampliación será dunha hora).

Artigo 4. Tempo de desaloxo

A partir da hora límite de peche establecida nos artigos 1 e 2 , non se permitirá o acceso aos establecementos a ningún cliente, non se servirá ningunha consumición e deixará de funcionar a música ambiental, é dicir, finalizarán todas as actividades que se están desenvolvendo e acenderanse todas as luces para facilitar o desaloxo dos establecementos ou recintos, que deberán quedar baleiros de público no prazo máximo de trinta minutos.”

Por tanto se os establecementos denunciados, áínda contando coa licenza correspondente a “salóns de banquetes” permanecen abertos despois das 3,30 horas ou, no caso das noites que van de xoves a venres, de venres a sábado, de sábado a domingo e de domingo a luns, así como as noites anteriores aos festivos e a do festivo, despois das 4,00 horas, estarían incumprindo normas e, por tanto, potencialmente no intervalo 4,00 h. - 6,00 h. poderían estar a competir, dun xeito desleal cos establecementos de hostalería nocturna.

DÉCIMO

TERCEIRO.- Dado que segundo o SGDC, “é de interese salientar que no informe xurídico do xefe de sección de Licenzas do Concello de Santiago de Compostela se indica: Sería conveniente remitir un comunicado ós sectores afectados (asociacións de hostaleiros, hoteis, comunicando en prensa) que deben solicitar que, ademais da súa licenza de restaurante normal’, figure na súa licenza o uso de salón de banquetes.. “ e, ademais, que: “ningún local aberto con anterioridade ten licenza específica de salón de banquetes”, parece evidente a existencia de indicios de infracción de lei. E de novo, se ben o seu control é competencia municipal, como sinala o Servizo, se tales infraccións poden ter efectos anticompetitivos, poden e deben ser avaliadas polas autoridades de competencia.

DÉCIMO

CUARTO.- Finalmente, e no relativo á afectación ao interese público dos supostos comportamentos desleais, este Tribunal considera que, dos posibles criterios de avaliación de tal afectación, soamente resulta pertinente neste caso o posible efecto de expulsión de competidores, sobre o cal o expediente non amosa información suficiente.

Vistos os preceptos citados e os demais de xeral aplicación, este Tribunal

RESOLVE

PRIMEIRO.- Non admitir a proposta do SGDC de non incoar expediente sancionador polas condutas denunciadas por D. F. M. S., en nome e representación da Asociación de Hostelería Nocturna de Compostela, contra diversos establecementos hoteleiros e de restauración de Santiago de Compostela, por presuntas prácticas contrarias á competencia.

SEGUNDO.- Instar ao SGDC a que amplíe a súa investigación e que concretamente:

1. Verifique se os establecementos denunciados dispoñen da licenza administrativa de “salóns de banquetes” (epígrafe 2.7.1.1. do catálogo recollido no Decreto 292/2004, do 18 de novembro, modificado polo Decreto 160/2005, do 2 de xuño), e dende cando dispoñen da mesma.
2. Verifique se existen actas da autoridade municipal, dende a entrada en vigor do Decreto 292/2004, do 18 de novembro, relativas á infracción do horario de peche de cada un dos establecementos denunciados, en horas en que legalmente ofertan os seus servizos os establecementos de

hostalería nocturna. No caso de que tales actas existan, informe sobre o contido das mesmas.

3. Informe sobre a evolución do número de establecementos de hostalería nocturna de Santiago de Compostela dende o ano 2003 ata o 2008.

4. Informe sobre calquera outro aspecto que considere de interese para a axeitada avaliación do caso.

Comuníquese esta Resolución ao Servizo Galego de Defensa da Competencia, e notifíquese aos interesados, informandoos de que contra ela non cabe recurso algúin, sen prexuízo dos actos que procedan cando este Tribunal dite Resolución definitiva.

5. Expediente RA 16/2008 (“Grúas de Galicia”). Resolución de 16 de xaneiro de 2009.

Sres.:

D. José Antonio Varela González, Presidente

D. Fernando Varela Carid, Vogal

D. Alfonso Vez Pazos, Vogal

En Santiago de Compostela, 16 de xaneiro de 2009.

O Pleno do Tribunal Galego de Defensa da Competencia, coa composición indicada máis arriba, e sendo relator D. Fernando Varela Carid, vogal, ditou a seguinte Resolución no Expediente RA-16/2008,

“Grúas de Galicia” (Expediente 19/2008, do Servizo Galego de Defensa da Competencia, en adiante SGDC), tras examinar a proposta de non incoación de procedemento e arquivo efectuada polo SGDC segundo escrito de 14 de novembro de 2008.

ANTECEDENTES DE FEITO

- 1.- O 16 de setembro de 2008, o SGDC recibiu un escrito da Dirección de Investigación da Comisión Nacional de la Competencia no que se informaba da realización dunha inspección efectuada na sede da Agrupación Empresarial Nacional de Alquiladores de Grúas de Servicio Público (ANAGRUAL), a partir da cal podería deducirse a realización de presuntas practicas contrarias á competencia por parte de distintas asociacións integrantes en ANAGRUAL, entre as que se encontraría a Asociación Gallega de Empresarios de Alquileres de Grúas de Servicio Público (AERGAG), consistentes na elaboración de listas de prezos que se recomendarían aos asociados integrados en dita organización empresarial.
- 2.- Á vista do anterior e unha vez establecida a competencia dos órganos de Defensa da Competencia de Galicia, o SGDC decidiu iniciar un procedemento de información reservada co obxecto de determinar se a AERGAG e as súas empresas asociadas estaba incorrendo en algúun tipo de práctica contraria ás normas de competencia.
- 3.- Nesa fase de información reservada, o SGDC enviou senllos escritos a AERGAG-GALICIA e a cada unha das empresas asociadas requirindo información e diversa documentación relevante para o estudo deste caso.
- 4.- Despois da análise da información recibida como resposta a esos escritos, o SGDC concluíu que non existían indicios de infracción das normas de competencia e que, polo tanto, correspondía non

incoar expediente e proceder ao arquivo das actuacións. En consecuencia, o 14 de novembro de 2008, o SGDC remitiu a este Tribunal a súa proposta de non incoar procedemento sancionador e proceder ao arquivo das actuacións.

- 5.- O 3 de decembro de 2008, o Pleno do TGDC decidiu admitir a trámite este asunto e nomeou relator do mesmo ao vogal D. Fernando Varela Carid.
- 6.- O 16 de decembro de 2008, o Pleno do TGDC deliberou e pronunciouse sobre este asunto.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

PRIMEIRO.- A presente Resolución dítase ao abeiro da Lei 15/2007, de 3 de xullo, de defensa da competencia (en adiante LDC) por tratarse dun expediente aberto con posterioridade á entrada en vigor desa Lei o pasado 1 de setembro de 2007.

SEGUNDO.- O apartado 3 do artigo 49 LDC establece que o Tribunal, a proposta do Servizo, poderá acordar non incoar os procedementos derivados da presunta realización de conductas prohibidas polos artigos 1, 2 e 3 LDC e ordenar o arquivo de actuacións cando considere que non hai indicios de infracción da Lei. Corresponde a este Tribunal, polo tanto, neste caso, analizar a proposta efectuada polo SGDC para ver se procede ou non aceptala e, en consecuencia, arquivar as actuacións desenvolvidas ata agora, ou, polo contrario, rexeitar esa proposta por se apreciar indicios de infracción das normas de competencia.

TERCEIRO.- De acordo co mesmo artigo 49 LDC, o inicio do procedemento sancionador pode realizarse de oficio ben por iniciativa da Dirección de Investigación, no noso caso do

Servizo, ou ben por iniciativa do Consello da CNC, no noso caso o Tribunal.

No caso que nos ocupa, o SGDC decidiu iniciar unha investigación para comprobar se as sospeitas comunicadas pola Dirección de Investigación da Comisión Nacional da Competencia sobre a hipotética conduta anticompetitiva da asociación empresarial AERGAG resultaban certas ou non ou se existía calquera outro indicio dalgunha conduta prohibida pola Lei de defensa da competencia neste sector.

CUARTO.- O apartado 2 do artigo 49 LDC sinala que, ante a noticia da posible existencia dunha infracción, o Servizo poderá levar a cabo un procedemento de obtención de información reservada para determinar con carácter preliminar se concorren as circunstancias que xustifiquen a incoación dun expediente sancionador.

QUINTO.- Dentro dese proceso de obtención de información reservada, o SGDC remitiu un escrito a AERGAG no que solicitou a seguinte información:

1. Data de constitución da Asociación e listaxe dos seus asociados.
2. Copia dos seus estatutos.
3. Actividades principales da Asociación.
4. Nome das persoas integrantes dos seus órganos directivos.
5. Lista de prezos de referencia que, con carácter xeral, están aplicando os asociados no ano 2008.
6. Copia do contrato-tipo de arrendamento de grúas que aplican os asociados.

AERGAG deu resposta a cada unha das cuestións no seu escrito de 20 de outubro de 2008. No que resulta máis

relevante para a análise deste asunto, a Asociación informou que *“non dispón de ningunha lista de prezos de referencia para o exercicio 2008. Cada unha das empresas (en base ós seus custos e ás circunstancias do mercado, competencia no tipo de traballo, volume de traballo dispoñible, circunstancias, etc.) fixa os prezos que lle pareza oportuno. Aínda cando esta Asociación non dispón das concretas tarifas das empresas asociadas, é práctica común que estas faciliten a algúns dos seus clientes, segundo a súa tipoloxía, prezos de referencia”*.

Así mesmo, AERGAG afirmou no seu escrito que non dispón de ningún contrato-tipo de aluguer de grúas e que, segundo a súa información, as empresas asociadas, polo xeral, non utilizan contratos escritos para prestar os seus servizos, agás cando realizan traballos para empresas de construcción de obra pública, coas que si é habitual formalizar contrato escrito, pero de acordo aos modelos que, sempre segundo AERGAG, esas empresas de construcción impoñen.

SEXTO.- Da resposta de AERGAG, o SGDC conclúe que non existen indicios de que esta Asociación incorra en prácticas contrarias á competencia.

Do exame da información contida no expediente, este Tribunal chega a mesma conclusión que o SGDC no sentido de non apreciar indicios de condutas anticompetitivas por parte de AERGAG.

SETIMO.- Cabe, sen embargo, efectuar unha observación sobre os Estatutos de AERGAG. Este Tribunal considera que sería pertinente modificar o artigo 7º, apartado 4 dos mesmos, onde se sinala como fin básico da Asociación:

“Participar en la regulación de las cuestiones referentes al perfeccionamiento de la concurrencia del mercado, contingencias, acceso a la profesión, y cooperar en la información de precios y tarifas, interviniendo en instancia previa en el arbitraje de las relativas a competencia desleal”

Por unha parte, o perfeccionamento da concorrenza debe entenderse sempre no sentido do seu estímulo e con respecto escrupuloso ás normas de defensa da competencia vixentes en España e na Unión Europea. Por outra, segundo demostran numerosos estudos e a xurisprudencia, o intercambio de información sobre prezos é un instrumento facilitador de condutas colusorias de primeira orde.

Por ámbalas dúas razóns, o Tribunal considera que o citado apartado 4 do artigo 7º debe modificarse de xeito que se inclúa no mesmo unha referencia explícita ao respecto debido ás normas de competencia vixentes e se elimine a frase “cooperar en la información de precios y tarifas”.

OCTAVO.- Dentro tamén do procedemento de información reservada, o SGDC remitiu un escrito ás empresas asociadas a AERGAG-GALICIA solicitando a seguinte información:

1. Nome do representante da sociedade e documentación acreditativa da súa representación.
2. Copia dos estatutos sociais.
3. Listaxe de prezos durante os anos 2007 e 2008 para cada tipo de servizo e polos seguintes conceptos: prezo/hora; prezo/saída; prezo/quilómetro, indicando o número de horas de servizo mínimo en cada caso e os incrementos que se aplican sobre os prezos.
4. Copia dos contrato-tipo utilizados.

Coa información recibida, o SGDC efectuou un tratamento das listaxes de prezos nos anos 2007 e 2008 desagregando

os valores para os diferentes tipos de grúas de acordo á súa tonelaxe. O resultado desa análise foi que non existe coincidencia significativa no nivel de prezos en ningunha categoría de grúas tanto no 2007 como no 2008.

Do anterior pode deducirse que as distintas empresas de aluguer de grúas de servizo público consultadas non parecen manter un acordo sobre prezos ou que esten seguindo algunha recomendación referente ás tarifas que cobran pola prestación dos seus servizos. Do resto da información achegada polas empresas tampouco pode deducirse que se incumpra calquera outra norma de defensa da competencia.

Á vista do anterior, o SGDC conclúe que non existen indicios que aconsellen a apertura dun expediente sancionador sobre a base dunha hipotética infracción das normas de competencia. Este Tribunal esta de acordo con esa conclusión.

NOVENO.- Por todo o anterior, o Tribunal considera, en coincidencia co SGDC, que non se aprecian indicios de conducta anticompetitiva que xustifiquen a incoación dun expediente sancionador a AERGAG ou calquera dos seus asociados pola causa aquí examinada, polo que acepta a proposta do SGDC de concluir o procedemento e arquivar as actuacións efectuadas ata agora.

Vistos os preceptos citados e os demais de xeral aplicación, este Tribunal

RESOLVE

ÚNICO.- Confirmar a proposta do SGDC de non incoar expediente sancionador e proceder ao arquivo das actuacións referentes a unha hipotética conduta contraria ás normas de competencia por parte da Asociación Gallega de Empresarios de Alquileres de Grúas de Servicio Público (AERGAG) e das empresas asociadas, por non se apreciar indicios suxestivos de infracción das normas de competencia.

O Tribunal considera que os Estatutos de AERGAG deberían modificarse no sentido indicado no Fundamento SETIMO anterior.

Comuníquese esta Resolución ao Servizo Galego de Defensa da Competencia, e notifíquese aos interesados, facendo constar que contra ela non cabe recurso algúin en vía administrativa, podendo interpoñer recurso Contencioso Administrativo ante o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses contados dende a súa notificación.

6. Expediente RA 17/2008 (“Cursos de inglés do Concello de Ferrol”). Resolución do 20 de febreiro de 2009.**Pleno**

Sres.:

D. José Antonio Varela González, Presidente
D. Fernando Varela Carid, Vogal
D. Alfonso Vez Pazos, Vogal

En Santiago de Compostela, 20 de febreiro de 2009.

O Pleno do Tribunal Galego de Defensa da Competencia (TGDC), coa composición indicada máis arriba e sendo Relator o seu presidente, D. José Antonio Varela González, ditou a seguinte Resolución no Expediente RA-17/2008, Cursos de Inglés do Concello de Ferrol, tras examinar a proposta de arquivo efectuada polo Servizo Galego de Defensa da Competencia (SGDC), en data 26 de novembro de 2008, de dúas denuncias presentadas por don A. L. C., en nome e representación da Asociación CECAP Coruña, Empresas de Formación e de The London Institute, S.L., contra o Concello de Ferrol, por presuntas prácticas restritivas da competencia (Exp. 18/2008, do SGDC).

ANTECEDENTES DE FEITO

1.- Con data 22 de setembro de 2008 tiveron entrada no SGDC dúas denuncias presentadas por don A. L. C., en nome e representación, respectivamente, da Asociación CECAP Coruña, Empresas de Formación e de The London Institute, S.L., contra o Concello de Ferrol, por presuntas prácticas restritivas da competencia.

Nas súas denuncias ponse de manifesto que o Concello de Ferrol, a través da súa Concellería de Educación, puxo en marcha un curso para favorecer a aprendizaxe da lingua inglesa, dirixido especificamente a escolares, a través de clases de conversa gratuítas que imparten profesores nativos. As academias integrantes na asociación denunciante e, individualmente, a chamada “*The London Institute*”, consideran na súa denuncia que estas clases:

“afectan á libre competencia e desestabilizan o mercado da actividade das academias”.

O denunciante insiste en que:

“os beneficiarios de ditas actividades gratuítas non son colectivos en risco de exclusión social nin colectivos específicos que, polas súas peculiaridades, non poidan ter acceso ás actividades organizadas polas empresas, senón todo o contrario, calquera pode ser beneficiario (...) sen existir outro criterio máis que o de que o alumno teña un nivel determinado de coñecemento do idioma inglés”.

En consecuencia, o denunciante considera que esta actividad pode ser constitutiva de competencia desleal, xa que o concello está actuando como un operador económico.

Nos escritos de denuncia solicítase tamén a adopción de medidas cautelares consistentes na suspensión das clases de inglés organizadas polo concello.

- 2.- O 16 de outubro de 2008, o Servizo acordou a acumulación dos expedientes, por identidade das condutas denunciadas.
- 3.- No marco da investigación reservada acordada polo SGDC ao abeiro do artigo 49.2 da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia (LDC), este organismo solicitou ao Concello de Ferrol, o 17 de outubro de 2008, a seguinte información:
 1. Copia da convocatoria publicada polo concello para a solicitude dos cursos de inglés gratuítos que son obxecto de denuncia.
 2. Indicación da normativa aplicable que fundamenta a realización desta actividade por parte do concello e, de se-lo caso, as razóns de interese público que o xustifican.
 3. Contido didáctico dos cursos, número de profesores e titulación destes.
 4. Custo anual da actividade (en concepto de instalacións, profesorado e demais medios persoais, materiais, etc.) e partidas orzamentarias do concello ás que se imputa o gasto.

5. Razóns que xustifiquen a gratuidade dos cursos.
 6. Indicación de se esta actividade formativa dispón de autorización da administración educativa competente e se a realiza o concello directamente, con medios propios, ou mediante algunha concesión administrativa.
 7. Número de academias de inglés que poderían impartir as clases dentro do termo municipal.
- 4.- Coa mesma data, 17 de outubro de 2008, o SGDC comunicou ao denunciante o acordo de acumulación dos expedientes, así como a improcedencia de adoptar medidas cautelares, xa que o artigo 54 LDC só prevé a adopción desas medidas “unha vez incoado o expediente”.
- 5.- Con data 6 de novembro de 2008, o Concello de Ferrol remitiu a información solicitada, que tivo entrada no SGDC o día 6 de novembro de 2008. Achega copia do escrito enviado ós directores dos centros educativos públicos e concertados e a circular que o acompañaba para os interesados en participar no programa. Tamén informa sobre o contenido didáctico da actividade e o número e titulación dos profesores.

Así mesmo, achega copia da resolución de adjudicación do contrato de servizos a *The English House Academy*, na modalidade de contrato menor, por importe de 13.869 € para impartir un curso de conversa en lingua inglesa dirixido ós alumnos de 5º e 6º de primaria e 1º e 2º de ESO, que tería lugar nos meses de outubro, novembro e decembro de 2008.

Acompáñase tamén un informe técnico no que se xustifica o “incuestionable interese público” da actividade.

O concello informou que non consideraba xustificable a discriminación de alumnos segundo os recursos económicos das

familias, xa que a actividade se debía ofertar de xeito global a todo os nenos do concello, para fomentalo plurilingüismo da poboación.

Finalmente, o concello, máis en concreto, a concelleira de educación, manifesta que non coñece o número de academias de inglés que poderían impartir clases dentro do termo municipal.

6. Con data 2 de outubro de 2008, o SGDC remitiu á Dirección de Investigación da *Comisión Nacional de la Competencia* (CNC) e ao abeiro da Lei 1/2002, do 1 de febreiro, de coordinación das competencias do Estado e as comunidades autónomas en materia de competencia, a súa proposta de asumilo caso ao considerar que os seus potenciais efectos se limitaban únicamente a Comunidade Autónoma de Galicia. Con data 13 de outubro de 2008 a citada Dirección de Investigación manifestou a súa conformidade coa proposta do SGDC.
- 7.- Con data 24 de novembro de 2008, tivo entrada no SGDC un escrito de don A. L. C., no que achega novas de prensa sobre a actividade denunciada.
- 8.- Con data 26 de novembro de 2008, o SGDC eleva ao TGDC (data de entrada 28.11.2008), ao abeiro do disposto no artigo 49.3 LDC, a súa proposta de non incoar o procedemento derivado da presunta realización de condutas prohibidas polos artigos 1, 2 e 3 LDC por parte do Concello de Ferrol, co arquivo das actuacións relacionadas coas dúas denuncias presentadas por don A. L. C., en nome e representación da Asociación CECAP Coruña, Empresas de Formación e de *The London Institute, S.L.*
- 9.- O Pleno do Tribunal deliberou e pronunciouse neste asunto na súa reunión celebrada o 16 de febreiro de 2009.
- 10.- Son interesados:

- Concello de Ferrol.
- Asociación CECAP Coruña, Empresas de Formación.
- *The London Institute, S.L.*

FUNDAMENTOS XURÍDICOS

PRIMEIRO.- A presente Resolución dítase ao abeiro do disposto na Lei 15/2007, do 3 de xullo, de Defensa da Competencia, ao tratarse dun expediente non incoado con anterioridade a súa entrada en vigor (1 de setembro de 2007), de acordo co disposto no apartado primeiro da Disposición transitoria primeira da citada Lei.

SEGUNDO.- A Lei 15/2007, de Defensa da Competencia establece no seu artigo 49.3 que o Consello da *Comisión Nacional de la Competencia* poderá acordar non incoar os procedementos derivados da presunta realización de condutas prohibidas polos artigos 1, 2 e 3 LDC, e o arquivo de actuacións, cando considere que non hai indicios de infracción da Lei. En virtude da Disposición adicional oitava da mesma Lei 15/2007, esta facultade está atribuída tamén aos órganos de resolución das Comunidades Autónomas con competencia na materia; neste caso, ao Tribunal Galego de Defensa da Competencia (TGDC).

TERCEIRO.- A cuestión que debe resolver o TGDC é se, a partir da denuncia presentada ou da información achegada polo Servizo, acepta a proposta deste de non incoar procedemento neste expediente e proceder ao arquivo das actuacións, ao considerar que non existen indicios de infracción da LDC ou, pola contra, rexeitar a dita proposta, instando ao SGDC a que prosiga a súa investigación e acorde, no seu caso, a incoación do oportuno expediente sancionador.

CUARTO.- As denuncias de D. A. L. C. contra o Concello de Ferrol realizanse por presuntas condutas prohibidas pola LDC, consistentes na infracción do artigo 3 LDC. Este artigo sinala que:

“A Comisión Nacional da Competencia ou os órganos competentes das comunidades autónomas coñecerán, nos termos que esta lei establece para as condutas prohibidas, dos actos de competencia desleal que por falsearen a libre competencia afecten o interese público.”

QUINTO.- Para a resolución axeitada do expediente, o TGDC entende que resulta conveniente diferenciar os seguintes aspectos:

4. Crenza implícita do denunciante sobre a conveniencia, e legalidade, de que as Administracións Públicas realicen actividades no mercado cando opera tamén a iniciativa privada.
5. Sometemento das condutas denunciadas á Lei de Defensa da Competencia.
6. Cualificación das condutas denunciadas como comportamentos desleais con afectación ao interese público.

SEXTO.- A primeira cuestión relaciónnase co suposto implícito –en opinión do Tribunal– na afirmación do denunciante de que a oferta de cursos gratuítos realizada sen considerar criterios de exclusión, é dicir, realizada dun xeito xeral a toda a poboación ou a grupos específicos sen ter en conta os niveis de renda dos mesmos:

“afectan á libre competencia e desestabilizan o mercado da actividade das academias”.

Como noutras denuncias realizadas á oferta de servizos polas Administracións Públicas, a idea subxacente nesta semella ser que tal oferta só estaría xustificada cando a iniciativa privada non cubra a demanda dun xeito adecuado. Ademais, na mesma, parece existir un certo temor do conxunto de empresas do sector de ensino de idiomas de Ferrol á xeneralización deste tipo de cursos, o que podería afectar negativamente aos seus intereses.

O antigo *Tribunal de Defensa de la Competencia* (en adiante TDC) sinala que a provisión dun servizo polos organismos públicos, en réxime de competencia coa iniciativa privada, ten amplo apoio xurisprudencial cando tal servizo ten utilidade pública, se oferta dentro do termo territorial correspondente e en beneficio dos seus habitantes (Exp. R 592/03, Centros Deportivos Castellón). E esta mesma idea é recollida na Sentenza nº 763/2003, do 23 maio, do Tribunal Superior de Xustiza da Comunidade Valenciana (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 1^a), nun recurso que trataba sobre a actuación dos Concellos nun mercado no que estaba presente a iniciativa privada.

Xa que logo, o que dun xeito concreto ten que se considerar é se a actuación do Concello de Ferrol realizouse no ámbito das súas propias prerrogativas e conforme á Lei.

Tal e como alega o propio concello, a organización dos cursos examinados ten base legal: o artigo 28 da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local, e mais o artigo 86.1 da Lei 5/1997, do 22 de xullo, de Administración local de Galicia. O primeiro establece que:

“Os municipios poden realizar actividades complementarias das propias doutras administracións públicas e, en particular, as relativas á educación, a cultura, a promoción

da muller, a vivenda, a sanidade e a protección do medio ambiente.”

Mentres que o segundo recolle que:

“Para a xestión dos seus intereses e unha vez que se garanta a prestación dos servizos mínimos, o municipio tamén poderá exercer actividades complementarias das propias doutras administracións públicas e, en particular, as relativas a:

- a) A educación.
- b) ...”

O interese xeral por fomentar o plurilingüismo xustificaría, por tanto, a actuación do concello e a universalidade da súa oferta.

No caso de que o denunciante considerara que a oferta de cursos de inglés polo Concello de Ferrol estivera más aló das competencias desta Administración no ámbito educativo e cultural, debería recorrer á instancia contencioso-administrativa, xa que como sinala o TDC:

“...es competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa todo lo relativo a la acreditación acerca de la necesaria ‘utilidad pública’ declarada para aquellos servicios que la Administración Pública puede prestar en régimen de concurrencia con la iniciativa privada...”.

Dito o anterior, e co máximo respecto á autonomía municipal, este Tribunal desexa subliñar, en relación á actuación das Administracións Locais en ámbitos nos que está presente a iniciativa privada, a conveniencia de que tales administracións consideren os efectos das súas condutas na competencia efectiva nos mercados, pois se

ben é certo que deben protexer os intereses públicos nos seus ámbitos de actuación, tamén o é que deben contribuír a protexer o ben público da existencia dunha competencia efectiva nos mercados. Neste sentido, o TGDC non pode senón estar de acordo coa apreciación do TDC cando sinala:

“la deseabilidad de que las Administraciones Locales cumplan cuanto está legalmente dispuesto sobre la motivación de sus intervenciones en el mercado (oportunidad y conveniencia) y sobre la fijación de precios públicos”.

Outro aspecto relevante do expediente dende a perspectiva da competencia é o relativo ao procedemento seguido polo Concello de Ferrol para seleccionar a academia encargada de impartir as clases. O Tribunal considera que o Concello de Ferrol actuou respectando estritamente a legalidade, xa que a natureza menor do contrato permite a utilización do procedemento seguido. Así, a Lei 30/2007, do 30 de outubro, de Contratos del Sector Público, recolle no seu apartado 3 do artigo 122, relativo ao procedemento de adxudicación, que:

“3. Los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 95.

Se consideran contratos menores los contratos de importe inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de otros contratos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 190 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.”

Malia o anterior, resulta pertinente sinalar de novo a conveniencia de que as Administracións Locais avalén o efecto dos procedementos seguidos na adxudicación de servizos públicos dende a perspectiva da competencia, de xeito que os mesmos non distorsionen, ou distorsionen o menos posible, a situación do mercado do servizo correspondente. Nesta liña o Concello de Ferrol debería avaliar as diferentes modalidades de prestación do servizo; por exemplo, ademais da elixida, o reparto de bonos entre aos alumnos seleccionados, de modo que eles mesmos decidan a academia a utilizar, sempre dentro do conxunto das que estean dispostas a satisfacer as condicións establecidas no proxecto municipal.

SÉTIMO.- A segunda cuestión a examinar refírese ao sometemento das condutas denunciadas á Lei de Defensa da Competencia (LDC).

O TGDC está de acordo coas apreciacións do SGDC, fundamentadas na xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da UE e mais as resolucións do TDC, que sinalan que calquera actividade consistente en ofrecer bens ou servizos nun determinado mercado constitúe unha actividade económica e que:

“el hecho de que una actividad pueda ser ejercida por una empresa privada constituye un indicio suplementario que permite calificar la actividad en cuestión como actividad empresarial”.

Cando unha actividade é económica, elle aplicable a LDC, xa que esta normativa é de aplicación xeral a toda a actividade económica, sen excepcións sectoriais. Polo tanto, todos os operadores, privados e públicos, deben respectar a LDC nas súas actuacións no mercado. Consecuentemente, cando o

Concello de Ferrol oferta os servizos de ensino de inglés actúa como operador económico nese mercado, quedando xa que logo sometida ás prescricións da LDC.

OITAVO.- Dada a actuación do Concello de Ferrol como operador económico, cómpre avaliar se a súa conduta supón unha infracción do artigo 3 LDC, tal e como sinala D. A. L. C. e, polo tanto, en que medida se verifican as circunstancias necesarias para a infracción do citado artigo, a saber que a conduta denunciada:

- c. Sexa desleal, e
- d. Se cumpra unha condición adicional, que o acto desleal, por falsear a libre competencia, afecte ao interese público.

Esta segunda condición (b) é moi relevante pois, de feito, como sinala reiteradamente o propio TDC, o artigo 3 LDC non ten por obxecto reprimir calquera tipo de deslealdade nin protexer, directamente, os intereses dos competidores prexudicados; diso encárgase a Lei 3/1991, do 10 de xaneiro, de Competencia Desleal (en diante, LCD). Xa que logo, a deslealdade que considera o art. 3 LDC é unha deslealdade cualificada.

NOVENO.- Segundo o denunciante, a actuación do Concello de Ferrol cando oferta de xeito gratuíto cursos de ensino de inglés a todos os rapaces de Ferrol de 5º e 6º de primaria e de 1º e 2º de ESO é desleal.

Agora ben, realmente a actuación do Concello de Ferrol pode ser cualificada como competencia desleal? O F.D. CUARTO da sentenza da Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª), do 22 abril de 1998, di que:

"En general, en el ámbito de la libre competencia, la obtención de un cliente por parte de una empresa, implica la pérdida de este mismo cliente para otra que, por ello, genéricamente interpretado, sufre un perjuicio. Esta concurrencia y competencia, cuyo beneficiario último es el consumidor está permitida siempre que se realice con medios honestos y honrados, sancionándose la competencia como consecuencia de abusos, denominándose competencia desleal a la captación de clientes realizada mediante maniobras o maquinaciones, o a través de formas y medios que la conciencia social repreuba como contrarios a la moral comercial".

Pola súa banda, o SGDC lembra que a aplicación da Lei 3/1991 require intencionalidade, pois o seu artigo 2 LCD establece que:

"1. Los comportamientos previstos en esta Ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenceales.

2. Se presume la finalidad concursal del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero".

Para o SGDC "non pode dicirse que o concello actúe con fins concorrenrais, é decir, con intención de prexudicar ós operadores privados que ofertan os mesmos servizos, promovendo as súas propias prestacións."

De todo o anterior parece claro que o Concello de Ferrol non realizou ningunha conduta de competencia desleal xa que non intenta captar nenos para os cursos de inglés mediante

manobras ou maquinacións, ou mediante actos que a conciencia social reproba.

DÉCIMO.- No caso de que houbera dúbidas sobre o anterior, sería preciso avaliar a conduta do Concello de Ferrol en relación aos tipos recollidos na LCD. Neste sentido, se ben a conduta do concello non é tipificada especificamente polo denunciante, xa que só di que é competencia desleal, para o SGDC, a mesma vincularíase ao artigo 17 LCD, que regula a venda a perda.

Porén, ademais do citado artigo poderíase considerar tamén a posible infracción do artigo 15 da LCD, se houbera violación de normas e mais o artigo 5 LCD, relativo á cláusula xeral.

DÉCIMO

PRIMEIRO.- Conduta desleal derivada de venda a perda (art. 17 LCD).

Do sinalado polo SGDC resulta que a conduta do Concello podería hipoteticamente constituir unha venda a perda, o que esixe examinar a conduta á luz do artigo 17 LCD.

O artigo 17 LCD, relativo á venta a perda, indica que:

“1. Salvo disposición contraria de las leyes o de los reglamentos, la fijación de precios es libre.

2. No obstante, la venta realizada bajo coste, o bajo precio de adquisición, se reputará desleal en los siguientes casos:

a) Cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento.

b) Cuando tengan por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajeno.

c) Cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado."

Dado que non existe ningún indicio de que a conduta denunciada puidera inducir a erro aos consumidores, desacreditar a imaxe das empresas representadas polo denunciante, ou formar parte dunha estratexia encamiñada a eliminar a un competidor ou grupo de competidores do mercado –non ten ningunha lóxica económica unha estratexia predatoria realizada polo concello, xa que a eliminación de academias de inglés non lle reporta ningunha vantaxe económica. Para o SGDC, non se pode afirmar que o concello teña intención de prexudicar ás academias de inglés asentadas no termo municipal, senón que actúa por razóns dun interese público superior, como é o fomento da aprendizaxe do inglés entre os escolares de 5º e 6º de primaria e de 1º e 2º de ESO. E isto corroboraríalo:

- a. O éxito da iniciativa do Consello, xa que o número de solicitudes foi moi superior ás prazas ofertadas (arredor de 390 fronte a 96 prazas previstas inicialmente que, logo, se incrementaron ata 120).
- b. A crenza implícita do Servizo de que os 120 nenos de entre 10 e 13 anos admitidos no curso de inglés non asistirían ao mesmo se os oferentes foran as academias privadas e non o concello de balde.

DÉCIMO

SEGUNDO.- Conduta desleal derivada da violación de normas (art. 15 LCD).

O art. 15 LCD, sobre violación de normas, ten dous apartados:

“1. Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa.

2. Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial.”

Consecuentemente, unha conduta que viole unha norma que teña por obxecto a regulación da actividade concurrencial debería ser cualificada como desleal, mentres que se a norma infrinxida non ten por obxecto regular a actividade competitiva, para cualificala como desleal será preciso que a infractora se beneficie da vantaxe competitiva resultante e que a vantaxe así obtida sexa significativa.

O TGDC non identifica na oferta de cursos de inglés polo Concello de Ferrol ningunha norma infrinxida. Mesmo se se considerara o artigo 45 da Lei 39/1988, do 28 de decembro, Reguladora de Facendas Locais (artigo 44 do Real Decreto Lexislativo 2/2004, do 5 de marzo, que aproba o texto refundido da Lei Reguladora das Facendas Locais), que versa sobre a contía dos prezos públicos, non se atopan indicios de infracción, xa que este artigo posibilita, no seu punto 2, que un servizo público poda ser ofertado por baixo do seu custo cando se dote o orzamento oportuno para a cobertura da diferenza, tal como resulta do contido dos dous punto dese artigo, a saber:

“1. El importe de los precios públicos deberá cubrir como mínimo el coste del servicio prestado o de la actividad realizada.

2. Cuando existan razones sociales, benéficas, culturales o de interés público que así lo aconsejen, la Entidad podrá fijar precios públicos por debajo del límite previsto en el apartado anterior. En estos casos deberán consignarse en los presupuestos de la entidad las dotaciones oportunas para la cobertura de la diferencia resultante si la hubiere."

DÉCIMO

TERCEIRO.- Na denuncia presentada, nas páxinas 8 e 9, no contexto da argumentación sobre se a actividade do Concello de Ferrol pode ser constitutiva de competencia desleal, o denunciante fai referencia a unha suposta Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Valencia, Sección 1^a do Contencioso-Administrativo, segundo a cal e segundo o denunciante, este Tribunal pronunciaríase do seguinte xeito:

"La citada sentencia viene a decir, en suma, que si bien no puede estimarse competencia desleal que el Ayuntamiento oferte, por debajo del coste, servicios consistentes en clases de aerobic, así como la puesta a disposición de los usuarios de la piscina de aparatos de musculación, cuando los destinatarios de esas actividades son colectivos cualificados (como personas con bajo nivel de renta), tal conducta sí incurre en competencia desleal en aquellos casos en que el servicio prestado por debajo del coste va dirigido a la generalidad de los usuarios potenciales, sin distinción".

Porén, o parágrafo anterior, recollido da Sentenza nº763/2003 do Tribunal citado, non corresponde ao pronunciamento do antedito Tribunal, senón ao comentario do mesmo sobre unha Sentenza ditada polo Xulgado nº 3 dos de Villarreal, que estimara as pretensión dunha asociación de centros deportivos privados contra un acordo do Concello de Villarreal, por entender que a actuación municipal constituía competencia desleal.

Malia o sinalado polo denunciante, o fallo do TSX de Valencia, no seu F.D VIXÉSIMO TERCEIRO, é desestimatoria da pretensión da asociación de centros privados de que se anule o acto impugnado, a saber a oferta pública do servizo, se ben, no F.D. VIXÉSIMO CUARTO, indica que:

“La desestimación de este recurso se entiende sin perjuicio de la situación jurídica creada por la sentencia de 10-5-03, dictada por el Juzgado de Villarreal en materia de competencia desleal”.

Finalmente, en relación a esta Sentenza, que foi recorrida ante a Audiencia Provincial de Castellón, o fallo desta Audiencia, na Sentenza nº 136/2004, de 15 de maio, di o seguinte:

“Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del Ayuntamiento de Villarreal, contra la Sentencia dictada el día 10 de mayo de 2003 por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia Núm. 3 de Villarreal, en los autos de Juicio Ordinario Núm. 196 del año 2001, de los que este Rollo dimana, debemos revocar y revocamos la expresada resolución, y en su lugar, desestimamos la demanda formulada por la representación procesal de la Asociación Provincial de Centros Deportivos Privados de Castellón y absolvemos al Ayuntamiento de Villarreal de los pedimentos contenidos en aquélla, ...”.

DÉCIMO

CUARTO.- Así pois, non cabe reputar a práctica denunciada como conduta desleal por venda a perda nin por infracción de normas. Por conseguinte, a análise da denuncia en relación aos tipos da LCD considerados amosa que, tampouco por esta vía, poderíase cualificar a conduta do Concello de Ferrol como competencia desleal.

Á vista do anterior, ao non se descubrir indicios razonables de prácticas prohibidas pola Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia, o TGDC coincide co criterio do SGDC de que non procede incoar expediente sancionador polas condutas denunciadas.

Vistos os preceptos citados e os demais de xeral aplicación, este Tribunal

RESOLVE

PRIMEIRO.- Aceptar a proposta do Servizo Galego de Defensa da Competencia de non incoar expediente sancionador polas condutas denunciadas por don A. L. C., en nome e representación da Asociación CECAP Coruña, Empresas de Formación e de *The London Institute, S.L.*, contra o Concello de Ferrol, por presuntas prácticas restritivas da competencia.

Comuníquese esta Resolución ao SGDC e notifíquese aos interesados, facéndolles saber que contra a mesma non cabe recurso algúin en vía administrativa, podendo interpoñer recurso contencioso-administrativo ante o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses a partir da data de notificación desta Resolución.

7. Expediente RA 18/2008 (“Autoescolas de Pontevedra 2”). Resolución do 20 de febreiro de 2009.**Pleno**

Sres.:

D. José Antonio Varela González, Presidente
D. Fernando Varela Carid, Vogal
D. Alfonso Vez Pazos, Vogal

En Santiago de Compostela, 20 de febreiro de 2009.

O Pleno do Tribunal Galego de Defensa da Competencia, coa composición indicada máis arriba, e sendo relator D. Alfonso Vez Pazos, vogal, tras examinar a proposta de non incoación de procedemento e arquivo efectuada polo SGDC segundo escrito de 2 de decembro de 2008, ditou a seguinte Resolución no Expediente RA-10/2008, “Autoescolas de Pontevedra 2” (Expediente 4/2008, do Servizo Galego de Defensa da Competencia, en adiante SGDC).

ANTECEDENTES DE FEITO

1.- Na Resolución ditada polo TGDC, o 27 de decembrto de 2007, no expediente S 1/2007, “Autoescolas de Vigo”, o Pleno do Tribunal acordou instar ao SGDC a que iniciara unha investigación sobre a posible existencia de prácticas concertadas polas autoescolas da mesma provincia, que realizan os seus exames en Pontevedra.

- 2.- Co obxecto de dar cumprimento ás instruccións do Tribunal, o SGDC, ao abeiro do disposto no artigo 49.2 da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia (en diante LDC ou Lei 15/2007), acordou iniciar unha información reservada para coñecer se existían circunstancias que xustificaran a incoación dun expediente sancionador.
- 3.- Na citada información reservada,o SGDC solicitou á Xefatura Provincial de Tráfico de Pontevedra unha listaxe das autoescolas da provincia de Pontevedra que realizaban os seus exames nesa cidade, con indicación da súa titularidade.
- 4.- A partir dos datos anteriores, o SGDC requiriu a cada unha das autoescolas a información contida nun formulario, coa posibilidade de efectuar as alegacións que estimaran oportunas.
- 5.- Á vista da información remitida, e ao non apreciare unha identidade de prezos que afectase a un volume substancial de autoescolas, o SGDC chega á conclusión de que non existen indicios que xustifiquen a incoación dun expediente sancionador por infracción do artigo 1 LDC.
- 6.- Sobre a base dos feitos anteriores, o SGDC elevou ao TGDC, en data 10 de xuño de 2008, ao abeiro do disposto no artigo 49.3 LDC a proposta de non incoar expediente sancionador, co arquivo das actuacións.
- 7.- O 30 de xullo de 2008, o Pleno do Tribunal deliberou e pronunciouse sobre este asunto, considerando que carecía de datos que confirmaran a veracidade das declaracíons dalgúns responsables das autoescolas contactadas, feito que non permitía ter unha idea inequívoca sobre a existencia, ou non, de indicios de prácticas anticompetitivas neste caso. Por iso, ao abeiro do artigo 32 do Real Decreto 261/2008, de 22 de febreiro, polo que se

aproba o Regulamento de Defensa da Competencia, considerou preciso que o SGDC continuara coas indagacións, recollendo información adicional sobre un conxunto de autoescolas localizadas na comarca de Pontevedra e as localizadas na comarca do Morrazo.

- 8.- O 2 de decembro de 2008, SGDC elevou ao TGDC, ao abeiro do disposto no artigo 49.3 LDC a proposta de non incoar expediente sancionador, co arquivo das actuacións.
- 9.- O 17 de febreiro de 2009, o Pleno do Tribunal deliberou e pronunciouse sobre este asunto.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

PRIMEIRO.- A presente Resolución dítase ao abeiro da Lei 15/2007, de 3 de xullo, de defensa da competencia, por tratarse dun expediente aberto con posterioridade a súa entrada en vigor, o pasado 1 de setembro de 2007.

SEGUNDO.- O artigo 49 LDC indica que o inicio do procedemento sancionador pódese realizar de oficio sexa por iniciativa da Dirección de Investigación, no caso galego, do Servizo, ou sexa por iniciativa do Consello da CNC, no caso galego, o Tribunal.

Tal como se sinala nos antecedentes de feito, as actuacións levadas a cabo polo SGDC teñen a súa orixe na Resolución do TGDC, do 27 de decembro de 2007, na que se consideraba acreditada a comisión dunha recomendación colectiva durante os anos 2003, 2004 e 2005, sancionada polo artigo 1.1 LDC, por parte da Asociación Provincial de Autoescolas da provincia de Pontevedra, así como a concertación de prezos, tamén sancionada polo mesmo

precepto, entre diversas autoescolas que celebraban os exames en Vigo.

Na parte dispositiva da citada Resolución, o Pleno do Tribunal instaba ao SGDC a que iniciara unha investigación sobre a posible existencia de prácticas concertadas polas autoescolas da mesma provincia, que realizaban os exames en Pontevedra, xa que as mesmas estaban tamén vencelladas á Asociación Provincial de Autoescolas de Pontevedra, que fora sancionada por una recomendación colectiva, tipificada no artigo 1.1 LDC.

TERCEIRO.- O TGDC considerou que a proposta do SGDC de non incoar expediente sancionador, co arquivo das actuacións, requiría a confirmación de diversos aspectos da información previamente recollida.

CUARTO.- En cumprimento ao solicitado polo TGDC, o Servizo recolleu a información requerida e, cos novos datos, elaborou cadros de prezos para cada ano, tanto para os conceptos de matrícula + teórica (incluídos os gastos de xestión do expediente, cando existen) como para o de clase práctica. Da análise dos datos amosados nos mesmos, o SGDC conclúe que:

(i) Nos conceptos de matrícula + teórica, non existe unha coincidencia xeral nos prezos, salvo entre as seccións da mesma autoescola ou de centros cos mesmos titulares (seccións de *Centro de Conducción Arias* e autoescola *Marín*).

(ii) No caso das clases prácticas, as variacións de prezos son menores. As coincidencias, neste caso, danse nos prezos das seccións da mesma autoescola, nos das que teñen os mesmos titulares e nalgúns casos adicionais, se ben, como sinala o SGDC: “as coincidencias prodúcense por grupos

separados, non afectan a tódalas autoescolas. Ademais, os grupos de autoescolas con prezos idénticos non son os mesmos nos 3 anos”.

QUINTO.- Dos datos anteriores evidénciase que non existe unha coincidencia xeral entre os prezos dos servizos necesarios para a obtención do permiso de conducir tipo B entre as diversas autoescolas independentes consideradas; ademais, as coincidencias, cando se producen, non son permanentes.

SEXTO.- Consecuentemente, este TGDC, en conformidade coa proposta do SGDC, non aprecia a existencia de indicios que xustifiquen a incoación dun expediente sancionador.

Vistos os preceptos citados e os demais de xeral aplicación, este Tribunal

RESOLVE

PRIMEIRO.- Declarar que procede acordar a non incoación dos procedementos derivados da presunta realización das conductas prohibidas polos artigos 1, 2 e 3 da Lei, co arquivo das actuacións, no expediente RA-18/2008, Autoescolas de Pontevedra 2.

Comuníquese esta Resolución ao Servizo Galego de Defensa da Competencia, e notifíquese aos interesados, facendo constar que contra ela non cabe recurso algúin en vía administrativa, podendo interpoñer recurso Contencioso Administrativo ante o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses contados dende a súa notificación.

8. Expediente RA 19/2009 (“Hidroeléctrica de Río Couso”). Resolución do 4 de febreiro de 2009.**Pleno**

Sres.:

D. José Antonio Varela González, Presidente
D. Fernando Varela Carid, Vogal
D. Alfonso Vez Pazos, Vogal

En Santiago de Compostela, 4 de febreiro de 2009.

O Pleno do Tribunal Galego de Defensa da Competencia, coa composición indicada máis arriba, e sendo relator D. Fernando Varela Carid, vogal, ditou a seguinte Resolución no Expediente RA-19/2008, “Hidroeléctrica Río Couso” (Expediente 16/2008, do Servizo Galego de Defensa da Competencia, en adiante SGDC), tras examinar a proposta de non incoación de procedemento e arquivo efectuada polo SGDC, segundo escrito de 26 de decembro de 2008.

ANTECEDENTES DE FEITO

1.- O 22 de xuño de 2008, D. P. B. C., presidente de AEMS-RIOS CON VIDA, remitiu un escrito á Comisión Nacional de la Competencia (CNC) no que denunciaba un suposto reparto do mercado de concesións hidroeléctricas no río Couso, ao seu paso polo termo municipal de Avión, na provincia de Ourense, pertencente ao ámbito da Confederación Hidrográfica do Miño-Sil. O 5 de agosto

de 2008, o denunciante remitiu un novo escrito á CNC con documentación complementaria sobre este mesmo asunto.

- 2.- O 28 de xullo de 2008, o Director de Investigación da CNC remitiu un escrito ao SGDC indicando que, na súa opinión, a competencia para coñecer sobre o asunto planteado por D. P. B. correspondía aos órganos galegos de defensa da concorrencia.
- 3.- Tras a contestación do SGDC de 18 de agosto confirmando a competencia dos órganos galegos para entender desta cuestión, a Dirección de Investigación da CNC remitiu o expediente ao SGDC o 2 de setembro de 2008, que tivo entrada no rexistro do Servizo o 17 de setembro de 2008.
- 4.- Tras a realización dunha información reservada, o SGDC remitiu a este Tribunal a súa proposta de non incoar procedemento sancionador, co arquivo das actuacións, segundo o escrito de 26 de decembro de 2008.
- 5.- O 15 de xaneiro de 2009, o Pleno do TGDC decidiu admitir a trámite o expediente e nomeou relator do mesmo ao vogal D. Fernando Varela Carid. Son interesados:
 - D. Pedro Brufao Curiel, presidente de AEMS-RIOS CON VIDA.
 - Cortizo Hidroeléctricas, S.A
 - Energía de Galicia, ENGASA
 - Hidroeléctrica de Avión, S.L.
 - Confederación Hidrográfica do Miño-Sil.
- 6.- O 27 de xaneiro de 2009, o Pleno do TGDC deliberou e pronunciouse sobre este asunto.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

PRIMEIRO.- A presente Resolución dítase ao abeiro da Lei 15/2007, de 3 de xullo, de defensa da competencia (en adiante LDC) por tratarse dun expediente aberto con posterioridade á entrada en vigor desa Lei o pasado 1 de setembro de 2007.

SEGUNDO.- O apartado 3 do artigo 49 LDC establece que o Tribunal, a proposta do Servizo, poderá acordar non incoar os procedementos derivados da presunta realización de conductas prohibidas polos artigos 1, 2 e 3 LDC e ordenar o arquivo de actuacións cando considere que non hai indicios de infracción da Lei. Corresponde a este Tribunal, polo tanto, neste caso, analizar a proposta efectuada polo SGDC para ver se procede ou non aceptala e, en consecuencia, arquivar as actuacións desenvolvidas ata agora, ou, polo contrario, rexeitar esa proposta por se apreciar indicios de infracción das normas de competencia.

TERCEIRO.- No seu escrito de denuncia do 22 de xullo de 2008, D. P. B. C. manifesta que o 14 de xullo de 2008, a Secretaría de Estado de Cambio Climático do Ministerio de Medio Ambiente e Medio Rural e Mariño publicou no BOE núm. 169 tres resolucións correspondentes a senllas declaracións de impacto ambiental favorables, baixo determinadas condicións, a tres proxectos hidroeléctricos presentados cada un deles polas seguintes empresas: Cortizo Hidroeléctricas, S.A. (Resolución de 5 de xuño de 2008), Energía de Galicia, ENGASA (Resolución de 6 de xuño de 2008), e Hidroeléctrica de Avión S.L. (Resolución de 9 de xuño de 2008).

A denuncia do presidente de AEMS-RIOS CON VIDA sinala que *“as tres presas se localizarían nuns tramos do río Couso moi preto uns dos outros, en zonas protexidas polo ámbito*

do Plan Hidrolóxico da Bacía do Norte". Manifesta, así mesmo, o denunciante que resulta rechamante o feito de que coincidan as tres empresas á hora de solicitar cada unha delas os tres proxectos por separado e de presentarse as restantes como interesadas na fase de "proxectos en competencia".

Estima, por tanto, o denunciante que existirían tres concursos distintos aos que se estarían presentando de modo simultáneo as tres empresas denunciadas coa finalidade fraudulenta de obter cada unha delas a súa propia concesión de aproveitamento hidroeléctrico en condicións favorables.

Tendo en conta o anterior, o denunciante considera que esa conduta pode ser constitutiva dunha infracción do artigo 1 da Lei 15/2007, de defensa da competencia, por reparto indebido do mercado e solicita o seguinte:

- 1.- Que se investigue e se sancione ás tres empresas citadas por conduta contraria ás normas de competencia,
- 2.- Que se adopten as medidas cautelares necesarias ao respecto, especialmente a paralización do expediente de outorgamento das concesións,
- 3.- Que se informe ás autoridades comunitarias da adecuación do sistema concesional do dominio público hidráulico ao Dereito da Competencia, e finalmente,
- 4.- Que se informe ás autoridades comunitarias da adecuación do réxime de axudas públicas aos produtores de enerxía hidroeléctrica, tanto xeral como especial.

Ademais do anterior, o denunciante expresa o seu coñecemento de “*graves irregularidades do sector hidroeléctrico en Galicia*” e achega un resumen da opinión expresada polo Consello de Contas de Galicia na súa Memoria do ano 2005 sobre o mercado hidroeléctrico en réxime especial, con diversas consideracións de carácter administrativo e fiscal.

CUARTO.- No tocante ás hipotéticas irregularidades administrativas ou de carácter fiscal que se mencionan nos escritos do denunciante, este Tribunal está de acordo co SGDC que non corresponde aos órganos de defensa da competencia investigar ou pronunciarse sobre posibles vulneracións dos ámbitos legais referidos, que, en todo caso, deben ventilarse perante os órganos xurisdicionais correspondentes.

QUINTO.- Entrando na análise da parte substantiva da denuncia sobre a suposta conduta anticompetitiva das empresas denunciadas, o apartado 2 do artigo 49 LDC sinala que, ante a noticia da posible existencia dunha infracción contra as normas de competencia, o Servizo poderá levar a cabo un procedemento de obtención de información reservada para determinar con carácter preliminar se concorren as circunstancias que xustifiquen a incoación dun expediente sancionador.

Neste caso, e dentro dese proceso de obtención de información reservada, o SGDC solicitou información ás tres empresas denunciadas, así como ás consellerías de Medio Ambiente e Desenvolvemento Sostible e de Innovación e Industria da Xunta de Galicia e, posteriormente, á Confederación Hidrográfica do Miño-Sil, da Administración Xeral do Estado.

SEXTO.- Dado que a competencia respecto ás concesións de dominio público hidráulico para fins hidroeléctricos no río Couso corresponde á Confederación Hidrográfica do Miño-Sil, resulta especialmente relevante a súa opinión sobre este asunto.

Ao respecto, a citada Confederación, no seu escrito de 18 de decembro de 2008 remitido ao SGDC en resposta a súa previa petición de información, manifesta con toda claridade que as tres resolucións de Declaración de Impacto Ambiental da Secretaría de Estado de Cambio Climático dos días 5, 6 e 9 de xuño de 2008, publicadas no BOE núm. 169 de 14 de xuño de 2008, correspóndense cunha única concesión hidroeléctrica, á que concorren as tres empresas denunciadas neste expediente, cada unha delas con un único proxecto; e que as peticións das tres empresas son incompatibles entre si ao pretenderen aproveitar treitos comúns do mesmo río. Así mesmo, sinala a Confederación que non se vai producir acumulación de impactos dos tres proxectos presentados en concorrencia “*ao ser soamente un deles o que obterá o outorgamento da concesión*”.

Nesa mesma liña, cómpre destacar que en cada unha das declaracións de impacto ambiental referidas na denuncia e publicadas no BOE o 14 de xullo de 2008, a Secretaría de Estado de Cambio Climático formula declaración favorable “*(...) siempre y cuando se autorice en la alternativa y en las condiciones anteriormente señaladas, que se han deducido del proceso de evaluación, y considerando que no se produce acumulación de impactos de los tres proyectos mencionados en el epígrafe 1 presentados en competencia, al ser solamente uno de ellos el que obtendrá el otorgamiento de concesión (...)*”.

As empresas denunciadas, na súas respostas ao SDGC, confirman que están participando nun único concurso, aberto coa finalidade de obter unha concesión de dominio público no río Couso da que resultará a instalación dunha única central hidroeléctrica.

A vista do anterior, só cabe concluír que non se trata de tres concesións distintas para a construcción e aproveitamento hidroeléctrico de tres centrais no río Couso, senón dunha única concesión que outorgará a Administración a unha só das tres empresas que están participando no procedemento competitivo aberto para ese fin.

Por tanto, tal como afirma o SGDC, a denuncia da suposta colusión entre as tres empresas hidroeléctricas mencionadas no Fundamento TERCEIRO para obter tres concesións distintas de aproveitamento hidroeléctrico carece de fundamento fáctico e non procede continuar a investigación por esa causa.

SETIMO.- Sen embargo, antes de dar por concluída a análise deste caso, cómpre dar resposta ao resto das solicitudes efectuadas polo denunciante.

Tal como se indica no Fundamento TERCEIRO, o denunciante solicita en segundo lugar que se adopten medidas cautelares, nomeadamente a paralización do expediente de outorgamento das concesións. Dado que a denuncia por motivos de infracción das normas de competencia carece de base factual, este Tribunal estima que desde o punto de vista da competencia non existen motivos para interferir nese concurso pola causa que se sigue neste expediente.

OCTAVO.- A terceira solicitude do denunciante consiste en que se informe ás autoridades comunitarias da adecuación do

sistema concesional de dominio público hidráulico ao Dereito da Competencia e que se propoña a apertura e a transparencia neste mercado en materia de enerxía e augas.

Segundo a información disponible, na concesión do dominio público hidráulico para o aproveitamento hidroeléctrico do río Couso que é obxecto desta Resolución, este Tribunal considera que se está seguindo un procedemento suficientemente competitivo, no que están participando as tres empresas denunciadas, sen que se xustifique iniciar por esa causa unha indagación sobre o sistema xeral de concesións hidroeléctricas en España.

Cuestión aparte son as consideracións de carácter ecológico que poidan facerse sobre a contradición, cando menos aparente, que existe entre a protección medioambiental do río Couso e a construcción dunha central hidroeléctrica no seu curso. En efecto, as tres declaracóns de impacto ambiental da Secretaría de Estado de Cambio Climático sinalan que *“El río Couso se incluye, desde su nacimiento hasta su desembocadura entre los recogidos en la norma 2.2.2.6 del Plan Hidrológico Norte I como tramo protegido por interés medioambiental. Esta clasificación obliga a que el seguimiento de sus aguas se centre en el mantenimiento de su calidad natural y en evitar las intervenciones sobre el cauce tendentes a modificar la fauna y la flora del río”*. Sen embargo, as tres declaracóns de impacto ambiental son favorables á construcción no río da central hidroeléctrica e demais instalacións obxecto do concurso.

Ora ben, esa aparente contradición só pode ser analizada por este Tribunal na medida en que poda ter implicacións sobre a competencia efectiva nos mercados. Por razóns obvias habería que descartar a aplicación a este respecto dos artigos 1 e 2 LDC, e só cabería hipoteticamente analizar

esta cuestión en sede do artigo 3 LDC, o que levaría a plantear, en primeiro lugar, o seu posible encaixe nalgún dos supostos contemplados na Lei 3/1991, de 10 de xaneiro, de competencia desleal (LCD) e, a continuación, analizar se a conduta identificada ten repercusións que por falsearen a libre competencia afecten ao interese público.

Dentro dos supostos de deslealdade, o único que podería ter visos de ser aplicado neste caso é o que aparece recollido no artigo 15 LCD, pero para iso sería necesario que houbera unha proba clara de violación normativa ou unha declaración polos tribunais competentes nese mesmo sentido. Ningunha das circunstancias concorre neste caso.

Por unha parte, no expediente non se aprecia ningún indicio de que o procedemento que se está seguindo para a eventual concesión da explotación hidroeléctrica incumpra á legalidade, salvo a aparente incongruencia mencionada mais arriba entre as declaracóns de impacto ambiental favorables e a inclusión do río Couso como tramo protexido por interese medioambiental. Porén, unha lectura atenta da norma 2.2.2.6 do Plan Hidrolóxico Norte I revela que a protección *“por interese medioambiental”* implica que só se deben evitar as intervencións do leito tendentes a alterar a fauna e a flora naturais propias do tramo, alén de manter a calidade natural das augas, a diferenza dos tramos de río protexidos *“por interese natural”*, regulados pola norma 2.2.2.7 do mesmo Plano Hidrolóxico, nos que, ademais de protexerse a fauna e a flora, deben evitarse alteracións do medio físico natural. Aínda que resulta evidente que a construcción dunha central hidroeléctrica altera o medio físico natural, a eventual compatibilidade entre a citada norma 2.2.2.6 e a emisión do informe de impacto ambiental favorable constitúe un xuízo de carácter fundamentalmente técnico suxeito á consideración e interpretación do órgano

emisor deses informes, que non pode ser rebatido ou posto en cuestión por este Tribunal.

Por outra parte, non lle consta a este Tribunal ningún pronunciamento dos tribunais ordinarios no sentido de que o procedemento de concesión de dominio público para este aproveitamento hidroeléctrico non se fixera conforme á legalidade.

En definitiva, o Tribunal estima que tampouco baixo esta perspectiva se pode afirmar que existan indicios de conductas anticompetitivas.

NOVENO.- A cuarta e última solicitude do denunciante consiste en que se informe ás autoridades comunitarias da adecuación do réxime de axudas públicas aos produtores de enerxía hidroeléctrica, tanto xeral como especial.

É certo que o aproveitamento hidroeléctrico do río Couso obxecto deste expediente está integrado no denominado réxime especial, que está regulado pola Lei 54/1997, de 27 de novembro, do sector eléctrico, e polo Real Decreto 661/2007, de 25 de maio, polo que se regula a actividade de producción de enerxía eléctrica en réxime especial. De acordo a esa normativa, esta modalidade de producción hidroeléctrica, que se refire a centrais hidroeléctricas cunha potencia instalada inferior a 10MW, recibe un subsidio respecto ao prezo de mercado, baixo a forma dunha prima, cuxa entidade aparece estipulada no Real Decreto mencionado.

Neste caso, aparte do refrendo normativo con rango de lei que sostén este tipo de subsidios, en opinión deste Tribunal, ao seren estas axudas de aplicación horizontal, carecen de implicacións sobre a competencia efectiva no

mercado español de electricidade e, tal como recolle o preámbulo do Real Decreto 661/2007, estarían xustificadas pola necesidade de conseguir un mellor aproveitamento das enerxías renovables de cara a reducir o efecto invernadoiro e lograr os obxectivos indicativos incluídos na Directiva 2001/77/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 27 de setembro de 2001, relativa á promoción da electricidade xerada a partir de fontes de enerxía renovables no mercado interior da electricidade.

- DECIMO.-** Por todo o anterior, o Tribunal considera acertada a proposta do SGDC de non incoar expediente sancionador e estima que debe procederse ao arquivo das actuacións.

En conclusión, vistos os preceptos citados e os demais de xeral aplicación, este Tribunal

RESOLVE

- ÚNICO.-** Confirmar a proposta do SGDC de non incoar expediente sancionador e proceder ao arquivo das actuacións referentes á denuncia de D. P. B. C., presidente de AEMS-RIOS CON VIDA, sobre unha hipotética conduta contraria ás normas de competencia por parte das empresas Cortizo Hidroeléctricas, S.A., Energía de Galicia, ENGASA, e Hidroeléctrica de Avión S.L. participantes no concurso de proxectos para a concesión de dominio público para o aproveitamento hidroeléctrico no río Couso, en Avión, ao que se refire o anuncio da Comisaría de Augas da Confederación Hidrográfica do Norte de 14 de decembro de 2001, publicado no Boletín Oficial da Provincia de Ourense de 10 de xaneiro de 2002 .

Comuníquese esta Resolución ao Servizo Galego de Defensa da Competencia, e notifíquese aos interesados, facendo constar que contra ela non cabe recurso algúen en vía administrativa, podendo interpoñer recurso Contencioso Administrativo ante o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses contados dende a súa notificación.

9. Expediente RA 20/2009 (“Formación da Coruña”. Resolución do 16 de marzo de 2009.

Pleno

Sres.:

D. José Antonio Varela González, Presidente
D. Fernando Varela Carid, Vogal
D. Alfonso Vez Pazos, Vogal

En Santiago de Compostela, 16 de marzo de 2009.

O Pleno do Tribunal Galego de Defensa da Competencia (TGDC), coa composición indicada máis arriba e sendo Relator D. José Antonio Varela González, presidente, ditou a seguinte Resolución no Expediente RA-20/2009, “Formación da Coruña” (Expediente 22/2008, do Servizo Galego de Defensa da Competencia, en adiante SGDC), tras examinar a proposta de arquivo efectuada polo SGDC, en data 14 de xaneiro de 2009, da denuncia presentada por D. J. M. S. P., en nome e representación de Autoescolas S. Sociedad Civil, contra Forem Galicia, Forga e UXT Galicia, por presuntas prácticas contrarias á competencia.

ANTECEDENTES DE FEITO

- 1.- Con data 6 de novembro de 20098, D. J. M. S. P., en nome e representación de Autoescolas S. Sociedad Civil presentou na Delegación do Goberno en Galicia unha denuncia dirixida á Comisión Nacional da Competencia, da Administración Xeral do Estado (en adiante “CNC”), contra Forem Galicia, Forga e UXT Galicia, por presuntas prácticas contrarias á competencia, máis en concreto por competencia desleal. A conduta denunciada consiste na discriminación e boicot a determinadas autoescolas na concesión de cursos de formación impartidos na provincia da Coruña para a obtención de permisos de circulación (C-C+-D-E) a traballadores en formación, no marco do programa de axudas económicas-subvencións do Fondo Social Europeo, outorgadas polo Ministerio de Traballo e Inmigración, xestionadas pola Consellería de Traballo da Xunta de Galicia (Orde TASS 2388/2007, do 2 de agosto, que desenvolve o Real Decreto 395/2007, do 23 de marzo).
- 2.- Unha vez determinada a competencia para coñecer o caso por parte das autoridades autonómicas galegas de defensa da competencia, o SGDC asumió a competencia para coñecer do expediente.
- 3.- O denunciante, que é titular de diversas autoescolas na provincia da Coruña, con 30 traballadores no seu cadro de persoal, considera que, na distribución dos citados fondos, as entidades denunciadas estarían a *“elegir determinadas autoescuelas y ‘BOICOTEAR’ a la que tengo a bien gestionar”*.
- 4.- Con data 14 de xaneiro de 2009, o SGDC eleva ao TGDC, ao abeiro do disposto no artigo 49.3 da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia, proposta de non incoar procedemento sancionador derivado da presunta realización das condutas prohibidas nos artigos 1, 2 e 3 da LDC, co arquivo das actuacións.

- 5.- Trala recepción do expediente e tras un primeiro exame solicitouse do SGD os documentos relativos á atribución da competencia e se procedía a súa admisión a trámite.
- 6.- Este Tribunal deliberou e pronunciouse sobre este asunto na súa reunión do 5 de marzo de 2009.

FUNDAMENTOS XURÍDICOS

PRIMEIRO.- A presente Resolución dítase ao abeiro do disposto na Lei 15/2007, do 3 de xullo, de Defensa da Competencia, ao tratarse dun expediente non incoado con anterioridade a súa entrada en vigor, de acordo co disposto no apartado primeiro da Disposición Transitoria Primeira da citada Lei.

SEGUNDO.- A Lei 15/2007 de Defensa da Competencia establece no artigo 49.3 que o Consello da Comisión Nacional de la Competencia poderá acordar non incoar os procedementos derivados da presunta realización de conductas prohibidas polos artigos 1, 2 e 3 LDC, e o arquivo de actuacións, cando considere que non hai indicios de infracción da Lei. En virtude da Disposición Adicional Oitava da mesma Lei 15/2007, esta facultade está atribuída tamén aos órganos de resolución das Comunidades Autónomas con competencia na materia; neste caso, ao Tribunal Galego de Defensa da Competencia (TGDC).

TERCEIRO.- A cuestión que debe resolver o TGDC é se, a partir da denuncia presentada ou da información achegada polo SGDC, acepta a súa proposta de non incoar procedemento neste expediente e proceder ao arquivo das actuacións –por considerar que non existen indicios de infracción da LDC– ou, pola contra, ordena a incoación dun procedemento, ou proseguir a procura de información reservada por

considerar que non dispón de elementos de xuízo suficientes.

CUARTO.- O Pleno considera que, coa información dispoñible, non dispón de elementos de xuízo dabondo para excluír a inexistencia de prácticas contrarias ao artigo 3 LDC.

Nesta situación o Pleno considera necesario dar traslado da denuncia aos presuntos infractores para, á vista do alegado por eles, poder resolver de modo axeitado sobre a existencia ou non de indicios racionais de infracción, tal e como esixe a normativa vixente.

Vistos os preceptos citados e os demais de xeral aplicación, este Tribunal

RESOLVE

PRIMEIRO.- Non aceptar a proposta do Servizo Galego de Defensa da Competencia de non incoar expediente sancionador con arquivo das actuacións polas condutas denunciadas por D. J. M. S. P., en nome e representación de Autoescolas S. Sociedad Civil, contra Forem Galicia, Forga e UXT Galicia, por presuntas prácticas contrarias á competencia.

SEGUNDO.- Instar a dar traslado da denuncia aos presuntos infractores para que poidan realizar as alegacións que consideren oportunas sobre o contido da denuncia.

Comuníquese esta Resolución ao Servizo Galego de Defensa da Competencia, e notifíquese aos interesados, informándoos de que contra ela non cabe recurso algúin, sen prexuízo dos actos que procedan cando este Tribunal dite Resolución definitiva.

**10. Expediente RA 21/2009 (“Distribución de gas butano de Ourense”).
Resolución do 15 de maio de 2009.****Pleno**

Sres.:

D. José Antonio Varela González, Presidente
D. Fernando Varela Carid, Vogal
D. Alfonso Vez Pazos, Vogal

En Santiago de Compostela, 15 de maio de 2009.

O Pleno do Tribunal Galego de Defensa da Competencia (TGDC), coa composición indicada máis arriba e sendo Relator D. Alfonso Vez Pazos, vogal, ditou a seguinte Resolución no Expediente RA-21/2009, Distribución De Gas Butano en Ourense, tras examinar a proposta de arquivo efectuada polo Servizo Galego de Defensa da Competencia (SGDC), de data 8 de abril de 2009, no expediente 2/2009, iniciado en virtude da denuncia presentada contra as entidades mercantís “Empresas Reunidas, S.A.” e Burgas Distribución, S.A.”, distribuidoras de gas butano de Repsol, consistentes no reparto do mercado xeográfico no Concello de Ourense

ANTECEDENTES DE FEITO

- 1.- Con data 11 de febreiro de 2009 tivo entrada no SGDC unha denuncia presentada por XXX contra as entidades mercantís “Empresas Reunidas, S.A.” e “Burgas Distribución, S.A.”, ambas distribuidoras do gas butano de Repsol, por presuntas prácticas restritivas da competencia consistentes no reparto do mercado

xeográfico no Concello de Ourense. O/A denunciante solicitou que non se revelara ningún dos seus datos persoais nin enderezo xa que temía represalias por parte das empresas denunciadas.

- 2.- Con data 26 de febreiro de 2009 e dentro da fase de información reservada prevista polo artigo 49.2 da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de Defensa da competencia (en diante “LDC” ou “Lei 15/2007, do 3 de xullo”), o SGDC acordou solicitar de cada unha das empresas denunciadas determinada información sobre a súa identificación e actividades.
- 3.- Con datas 13 de marzo e 18 de marzo de 2009 recibíronse no SGDC as respostas de Empresas Reunidas, S.A. e as de Burgas Distribución, S.A., respectivamente.
- 4.- Ao consideraren insuficiente a información enviada por ámbalas dúas empresas, con data 24 de marzo de 2009, o SGDC solicitóuselles copia dos respectivos contratos de axencia e prestación de servizos subscritos con Repsol Butano, S.A. e indicación expresa do ámbito xeográfico de distribución dos seus produtos.
- 5.- Con data 6 de abril de 2009 as empresas enviaron copia dos seus respectivos contratos con Repsol Butano, S.A. Os citados contratos teñen o mesmo contido e o seu obxecto é basicamente o almacenamento, transporte e reparto domiciliario do GLP (gases licuados do petróleo) envasado.
- 6.- Segundo sinala o SGDC, os respectivos anexos de cada contrato permiten comprobar que non existe coincidencia nos “*ámbitos xeográficos de distribución dentro do concello de Ourense*”. Polo tanto, resulta un feito comprobado que existe un acordo de reparto do mercado de Ourense, no relativo á distribución domiciliaria do GLP (gases licuados do petróleo) envasado, entre

as dúas empresas que operan como axentes de Repsol Butano, S.A.

7.- Con data 8 de abril de 2009, o SGDC eleva ao TGDC (data de entrada 28.11.2008), ao abeiro do disposto no artigo 49.3 LDC, a súa proposta de non incoar o procedemento derivado da presunta realización de condutas prohibidas polos artigos 1, 2 e 3 LDC polos feitos denunciados por XXX contra as entidades mercantís “Empresas Reunidas, S.A.” e “Burgas Distribución, S.A.”, ambas distribuidoras do gas butano de Repsol, por presuntas prácticas restritivas da competencia consistentes no reparto do mercado xeográfico no Concello de Ourense, xa que:

“o presunto reparto do mercado entre ambas empresas distribuidoras de gas derívase das estipulacións contidas nos contratos de axencia subscritos con Repsol Butano, S.A.”

8.- O Pleno do Tribunal deliberou e pronunciouse neste asunto na súa reunión celebrada o 12 de maio de 2009.

9.- Son interesados:

- XXX.
- Empresas Reunidas, S.A.
- Burgas Distribución, S.A.

FEITOS PROBADOS

PRIMEIRO.- A empresa Repsol Butano S.A. é responsable das operacións por xunto e polo miúdo na distribución de GLP envasado, xa que como se recolle nos contratos incorporados ao expediente:

"realiza la operación al por mayor, comercialización al por menor y, por tanto, todas las actuaciones necesarias para el suministro del GLP envasado a sus clientes, en virtud de los contratos existentes con ellos, y de la propia normativa legal y reglamentaria de la aplicación".

SEGUNDO.- Para a comercialización polo miúdo do GLP envasado no Concello de Ourense, Repsol Butano, S.A. ten asinados contratos de axencia coas dúas empresas denunciadas.

TERCEIRO.- Na estipulación terceira dos contratos de axencia asinados por Repsol Butano, S.A. e as dúas empresas denunciadas establecese a fixación de territorios aos axentes, xa que:

"la agencia desarrollará las actividades que se le encomienden en el presente contrato en el territorio determinado en el Anexo I del mismo (...) Repsol Butano se obliga a no designar a otros agentes y a no realizar por sí misma las actividades de suministro domiciliario objeto de este contrato, encomendadas a la agencia en el territorio definido en el Anexo I".

FUNDAMENTOS XURÍDICOS

PRIMEIRO.- A presente Resolución dítase ao abeiro do disposto na Lei 15/2007, do 3 de xullo, de Defensa da Competencia, ao tratarse dun expediente non incoado con anterioridade a súa entrada en vigor (1 de setembro de 2007), de acordo co disposto no apartado primeiro da Disposición transitoria primeira da citada Lei.

SEGUNDO.- A Lei 15/2007, de Defensa da Competencia establece no seu artigo 49.3 que o Consello da *Comisión Nacional de la Competencia* poderá acordar non incoar os procedementos

derivados da presunta realización de condutas prohibidas polos artigos 1, 2 e 3 LDC, e o arquivo de actuacións, cando considere que non hai indicios de infracción da Lei. En virtude da Disposición adicional oitava da mesma Lei 15/2007, esta facultade está atribuída tamén aos órganos de resolución das Comunidades Autónomas con competencia na materia; neste caso, ao Tribunal Galego de Defensa da Competencia (TGDC).

TERCEIRO.- A cuestión que debe resolver o TGDC é se, a partir da denuncia presentada, ou da información achegada polo Servizo, acepta a proposta deste de non incoar procedemento neste expediente e proceder ao arquivo das actuacións ou, pola contra, rexeitar a dita proposta, instando ao SGDC a que prosiga a súa investigación e acorde, no seu caso, a incoación do oportuno expediente sancionador.

CUARTO.- A denuncia presentada no SGDC alude á posible vulneración das normas de competencia como consecuencia do presunto reparto do mercado xeográfico no Concello de Ourense entre dúas empresas, axentes do mesmo subministrador, neste caso dun ben sometido a regulación específica, como é o gas. Aínda que non se indica dun xeito explícito, semella claro que a potencial infracción está relacionada con el artigo 1 e, máis concretamente, co seu apartado 1.c), que prohíbe os acordos que consistan “no reparto do mercado ou das fontes de aprovisionamento”.

QUINTO.- Cara a resolución do expediente cómpre responder tres cuestións:

1. O reparto do mercado de Ourense, no relativo á distribución domiciliaria do GLP (gases licuados do petróleo)

envasado, entre as dúas empresas denunciadas, ¿é o resultado dun acordo colusorio entre elas?

2. Se existe reparto do mercado e este non é o resultado dun acordo entre as empresas denunciadas, ¿cal é a súa causa?

3. A práctica causante do reparto do mercado ¿vulnera a normativa de defensa da competencia?

SEXTO.- O reparto do mercado de Ourense ¿é o resultado dun acordo colusorio entre as empresas denunciadas?

No contido do expediente non se atopa ningunha evidencia que indique que as dúas empresas denunciadas estableceron entre elas un acordo para repartirse o mercado da distribución de GLP envasado no mercado de Ourense.

SÉTIMO.- Se existe reparto do mercado e este non é o resultado dun acordo entre as empresas denunciadas, ¿cal é a súa causa?

Como se recolle na estipulación terceira do contrato de axencia asinado entre Repsol Butano S.A. e cada unha das empresas denunciadas, e tal e como sinala o SGDC:

“o presunto reparto do mercado entre ambas empresas distribuidoras de gas derívase das estipulacións contidas nos contratos de axencia subscritos con Repsol Butano S.A.”

Consecuentemente, existe reparto do mercado, se ben este non é resultado da colusión das dúas empresas denunciadas, axentes que actúan no mercado por conta do principal, senón dos contratos de axencia establecidos por Repsol Butano, S.A. coas empresas denunciadas, para a distribución do GLP.

A vinculación de axencia, de acordo co artigo 9.2.c da citada Lei, e como sinala o SGDC:

"establece a obriga dos axentes a desenvolve-la súa actividade de acordo coas instrucións razonables recibidas do empresario, sempre que non afecten á súa independencia."

Segundo o anterior, os axentes non infrinxen a lei se cumpren as condicións do contrato firmado, agás que este vulnere a normativa de defensa da competencia.

- OITAVO.-** A práctica causante do reparto do mercado ¿vulnera a normativa de defensa da competencia?

En principio, o reparto do mercado entre empresas supón unha infracción da normativa de defensa da competencia, se ben este principio ten algunas excepcións. Dúas son relevantes neste caso: as relativas ao artigo 1.4 e ao artigo 4 LDC.

Segundo o artigo 1.4 LDC

"4. A prohibición do apartado 1 non se aplicará aos acordos, decisións, ou recomendacións colectivas, ou prácticas concertadas ou conscientemente paralelas que cumpran as disposicións establecidas nos Regulamentos Comunitarios relativos á aplicación do apartado 3 do artigo 81 do Tratado CE a determinadas categorías de acordos, decisións de asociacións de empresa e prácticas concertadas, mesmo cando as correspondentes conductas non poidan afectar ao comercio entre os Estados membros da UE."

Por outra banda, o artigo 4 LDC, relativo as conductas exentas por lei, sinala o seguinte:

“1. Sen prexuízo da eventual aplicación das disposicións comunitarias en materia de defensa da competencia, as prohibicións do presente capítulo non se aplicarán ás conductas que resulten da aplicación dunha lei.”

NOVENO.- Artigo 1.4 LDC

A restrición á competencia examinada deriva do establecemento, por Repsol Butano, S.A., dun sistema de distribución exclusiva para a distribución do GLP envasado baseado en contratos de axencia.

As Directrices sobre restricións verticais, que desenvolven o Regulamento (CE) núm. 2790/1999 da Comisión, relativo á aplicación do apartado 3 do artigo 81 do Tratado CE a determinadas categorías de acordos verticais e prácticas concertadas, establecen os criterios que se deben seguir na aplicación das normas de competencia aos denominados “acordos de axencia” (apartados 12–20).

Se un acordo de axencia é xenuíno, as obrigas impostas aos axentes relativas aos contratos negociados por conta do principal non se encadran, en xeral, no ámbito de aplicación do apartado 1 do artigo 1 LDC. Entre tales obrigas atópanse: as limitacións sobre o territorio no que o axente pode vender os bens, as condicións ás que o axente ten que vender os bens, as limitacións do principal para designar outros axentes para transaccións semellantes, e outras. Polo contrario, aos acordos de axencia “non xenuíños” aplícase o antedito apartado e artigo.

Consecuentemente, a cuestión a examinar é se o contrato de axencia asinados por Repsol Butano, S.A. cos seus axentes denunciados: (i) é “xenuíno” ou non, e (ii) sendo xenuíno, se

ten cláusulas que poden situarse no ámbito de aplicación do apartado 1 do artigo 81 do Tratado.

DÉCIMO.- Dado que, tal como sinalan diversas Sentenzas [RJ 1994, 445; RJ 1995, 2774; RJ 1995, 8122; RJ 1997, 3871; RJ 2000, 6679; RJ 2001, 6207], os contratos son os que son e a cualificación non depende das denominacións que lle deran os contratantes, cómpre examinar o seu contido.

Un acordo de axencia será “xenuíno” cando o axente non asume risco financeiro e comercial algúin, ou este é insignificante, en relación coas actividades que desenvolve por conta do principal. Para a Comisión, nos contratos de axencia xenuínos, a propiedade dos bens obxecto do contrato non lle é conferida ao axente.

Segundo a estipulación Novena “PROPIEDADE”, no seu punto 1 recóllese que:

“Los envases son propiedad de Repsol Butano, S.A. y por tanto corresponde a esta el mantenimiento, y reparación derivados de su uso normal”

“El gas envasado es propiedad de Repsol Butano, S.A. hasta su transmisión, que se produce mediante su entrega a los clientes de esta Compañía”

“... una vez entregado el envase en el domicilio del cliente, la relación de responsabilidad se entabla entre éste y Repsol Butano, S.A.”

Consecuentemente, como os axentes non incorren en ningún risco, nin asumen a propiedade dos bens, o acordo de axencia de Repsol Butano, S.A. cos dous axentes denunciados é xenuíno.

DÉCIMO

PRIMEIRO.- Os contratos de axencia xenuíños están excluídos do ámbito de aplicación do artigo 1.1. LDC (81. 1 TCE) agás cando, aínda asumindo o principal todos os riscos, o acordo poida conducir á exclusión do mercado de referencia ou a facilitaren a colusión. Este sería o caso se varios principais utilizan aos mesmos axentes impedindo a outras empresas servirse dos mesmos o se eses principais utilizan aos axentes para intercambiar información sensible sobre o mercado.

No caso examinado, non existen indicios de que Repsol Butano, S.A. se sirva dos seus axentes para excluir ou para coludir.

DÉCIMO**SEGUNDO.- Artigo 4 LDC**

Segundo se recolle nos contratos de axencia asinados por Repsol Butano S.A. e as dúas empresas denunciadas:

“con el objeto de garantizar el reparto domiciliario del GLP envasado, Repsol Butano S.A. cuenta con una red de agencias colaboradoras, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47.2. de la Ley 34/98 Reguladora del Sector de Hidrocarburos, que se vinculan a la actividad por medio de un contrato de agencia y prestación de servicios, que las partes definen y celebran por medio del presente escrito”.

O artigo 47 a Lei 12/2007, do 2 xullo, de Hidrocarburos, que modifica a Lei 34/1998, co fin de adaptala ao disposto na Directiva 2003/55/CE do Parlamento Europeo e do Consello, sobre normas comúns para o mercado interior do gas natural, sinala que: .

“Artículo 47. Comercializadores al por menor de gases licuados del petróleo envasados.

1. La comercialización al por menor de gases licuados del petróleo envasados será realizada libremente.

Las instalaciones que se destinen al almacenamiento y comercialización de los envases de gases licuados del petróleo envasados, deberán cumplir las condiciones técnicas y de seguridad que reglamentariamente les sean exigibles.

2. Serán comercializadores al por menor de GLP envasado aquellas personas físicas o jurídicas que realicen la venta al por menor de envases de GLP a consumidores o usuarios finales.

3. Sólo podrán establecerse pactos de suministro en exclusiva de gases licuados del petróleo envasados entre los operadores y los comercializadores a los que se refiere el presente artículo, cuando se garantice a los usuarios que lo soliciten el suministro domiciliario de gases licuados del petróleo envasados.

4. Los comercializadores al por menor de gases licuados del petróleo envasados podrán tener a disposición de sus clientes un servicio de asistencia técnica permanente de instalaciones de consumo de los usuarios”.

Para o SGDC, en virtude do principio de autonomía da vontade, Repsol Butano, S.A., comercializador autorizado de gas licuado envasado:

“pode contratar con diferentes axentes o reparto domiciliario dos seus produtos en ámbitos xeográficos distintos, áínda dentro do mesmo concello, sempre que se garanta a tódolos usuarios que o soliciten a subministración do gas, de acordo co disposto nos artigos 47 e 49 da Lei 34/1998, do 7 de outubro, do sector de hidrocarburos.”

Vistos os preceptos citados e os demais de xeral aplicación, este Tribunal

RESOLVE

PRIMEIRO.- Aceptar a proposta do Servizo Galego de Defensa da Competencia de non incoar expediente sancionador polas denuncias presentadas por XXX. contra a entidades mercantís “Empresas Reunidas, S.A.” e “Burgas Distribución, S.A.”, ambas distribuidoras do gas butano de Repsol, por presuntas prácticas restritivas da competencia consistentes no reparto do mercado xeográfico no Concello de Ourense.

Comuníquese esta Resolución ao SGDC e notifíquese aos interesados, facéndolles saber que contra a mesma non cabe recurso algúen en vía administrativa, podendo interpoñer recurso contencioso-administrativo ante o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses a partir da data de notificación desta Resolución.

11. Expediente RA 22/2009 (“Leite de Galicia”). Resolto do 14 de xullo de 2009.**Pleno**

Sres.:

- D. José Antonio Varela González, Presidente
- D. Fernando Varela Carid, Vogal
- D. Alfonso Vez Pazos, Vogal

En Santiago de Compostela, 14 de xullo de 2009.

O Pleno do Tribunal Galego de Defensa da Competencia, coa composición indicada máis arriba, e sendo relator D. Fernando Varela Carid, vogal, ditou a seguinte Resolución no Expediente RA-22/2009, “Leite de Galicia” (Expediente 1/2009, do Servizo Galego de Defensa da Competencia, en adiante SGDC), tras examinar a proposta de arquivo efectuada polo SGDC segundo escrito de 14 de abril de 2009.

ANTECEDENTES DE FEITO

- 1.- O Pleno do Concello de Laracha celebrado o 26 de novembro de 2008 tomou a decisión de *“instar ao Tribunal da Competencia a actuar de oficio contra as prácticas monopolistas das industrias produtoras de pensos, e as prácticas de dumping utilizadas polas industrias e a distribución”*, que foi comunicada mediante escrito de 3 de decembro de 2008 a este Tribunal.
- 2.- Tras examinar o acordo do Pleno do Concello de Laracha, o Pleno do Tribunal Galego de Defensa da Competencia (en adiante,TGDC), na súa reunión de 16 de decembro de 2008, decidiu dar traslado do citado acordo ao Servizo Galego de Defensa da Competencia segundo escrito de 8 de xaneiro de 2009 para que se realizasen as investigáons de oficio que se considerasen pertinentes, segundo o establecido no artigo 49 da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de Defensa da Competencia e do artigo 12 da Lei 6/2004, do 12 de xullo, reguladora dos Órganos de Defensa da Competencia da Comunidade Autónoma de Galicia.
- 3.- Unha vez efectuadas as diliencias que considerou oportunas, o 14 de abril de 2009, o SGDC remitiu o escrito ao Tribunal coa súa proposta de arquivo do expediente.

- 4.- O 28 de abril de 2009, o Pleno do TGDC decidiu admitir a trámite este asunto e nomeou relator do mesmo ao vogal D. Fernando Varela Carid.
- 5.- O 2 de xullo de 2009, o Pleno do TGDC deliberou e pronunciouse sobre este expediente.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

PRIMEIRO.– A presente Resolución dítase ao abeiro da Lei 15/2007, de 3 de xullo, de Defensa da Competencia (en adiante LDC) por tratarse dun expediente abierto con posterioridade á entrada en vigor desa Lei o pasado 1 de setembro de 2007.

SEGUNDO.– O apartado 3 do artigo 49 LDC establece que o Tribunal, a proposta do Servizo, poderá acordar non incoar os procedementos derivados da presunta realización de condutas prohibidas polos artigos 1, 2 e 3 LDC e ordenar o arquivo de actuacións cando considere que non hai indicios de infracción da Lei. Corresponde a este Tribunal, polo tanto, neste caso, analizar a proposta efectuada polo SGDC para ver se procede ou non aceptala e, en consecuencia, arquivar as actuacións desenvolvidas ata agora, ou, polo contrario, rexeitar esa proposta por considerar que debe continuar a investigación.

TERCEIRO.– De acordo co mesmo artigo 49 LDC, o inicio do procedemento sancionador pode realizarse ben por denuncia de calquera persoa física ou xurídica, interesada ou non, ben de oficio, sexa por iniciativa da Dirección de Investigación, no noso caso do Servizo, ou sexa por iniciativa do Consello da CNC, no noso caso o Tribunal.

No caso que nos ocupa, o inicio deste expediente produciuse pola decisión do Pleno de Laracha de poñer en coñecemento das autoridades galegas de competencia a existencia dunhas hipotéticas prácticas anticompetitivas no mercado de suministro de alimentos para o gando

vacún produtor de leite así como unhas supostas prácticas de *dumping* empregadas pola “*industria e a distribución*”.

A denuncia do Concello de Laracha foi examinada polo Pleno do Tribunal na súa reunión de 19 de decembro de 2008 e considerada por decisión unánime con relevancia suficiente como para ser obxecto dunha investigación detida por parte do Servizo. En consecuencia, a denuncia foi remitida ao SGDC para que ese órgano desenvolvese as investigacións que considerase pertinentes co obxectivo de determinar se existían ou non indicios de condutas anticompetitivas nas áreas de actividade referidas e, no seu caso, se abriría un expediente sancionador aos responsables de tales condutas. Para chegar á conclusión de trasladar a decisión do Concello de Laracha ao SGDC, o Pleno do Tribunal tivo en conta as especiais características e circunstancias que vén atravesando o sector do leite na nosa Comunidade Autónoma nos últimos anos.

CUARTO.- Una vez recibido o escrito do Tribunal de 8 de xaneiro de 2009, o SGDC remitiu un escrito dirixido ao Pleno da Corporación do Concello de Laracha o 12 de febreiro de 2009 solicitando “*información de que dispóna sobre os feitos descritos, con indicación dos presuntos infractores, co obxectivo de determinar se existen indicios racionais da existencia de condutas prohibidas que xustifiquen a incoación dun expediente sancionador*”.

O Concello de Laracha non respondeu a esa solicitude de información solicitada polo SGDC. Ante a ausencia de resposta, e sen outro trámite ou investigación adicional, o Servizo decidiu dar por concluída as súa pescuda e propor ao Tribunal o arquivo do expediente.

QUINTO.- O Tribunal considera que para poder pronunciarse sobre esta materia debe facerse, primeiro, unha análise dos distintos mercados que integran o proceso de produción, transformación, envasado e distribución do leite e, a continuación, á luz do resultado dessa identificación dos mercados relevantes, examinar a denuncia efectuada

polo Pleno da Corporación Municipal de Laracha e comprobar se procede ou non continuar as investigacións ao respecto.

O amplo proceso que vai desde a produción do leite ata que chega ás mans dos consumidores pode descompoñerse, cando menos, nos catro mercados relevantes seguintes.

O primeiro estaría constituído pola produción e distribución de pensos para o gando vacún produtor de leite, no que participan, polo lado da oferta, as empresas produtoras e distribuidoras de pensos con ese destino e, polo lado da demanda, as empresas gandeiras produtoras de leite. Este mercado estaría situado ao comezo do proceso produtivo, pois os pensos constitúen, senón o único, polo menos un dos inputs más importantes da alimentación do gando vacún produtor de leite.

O segundo mercado sería o de produción e venda do leite en orixe, no que participan, polo lado da oferta, os produtores gandeiros e, polo lado da demanda, tres tipos de empresas: as comercializadoras, que na maioría dos casos son cooperativas dos propios gandeiros; os compradores transformadores; e os operadores loxísticos. En última instancia, eses tres tipos de empresas recollen o leite dos produtores para transformalo elas mesmas ou para o seu tratamento e posterior envasado ou transformación por outras empresas transformadoras.

O terceiro mercado que se pode identificar no proceso de produción e transformación do leite antes de chegar ao consumidor final é o mercado de distribución do leite envasado. Este mercado está composto, polo lado da oferta, polas industrias envasadoras ou transformadoras no seu caso, e, polo lado da demanda, polas empresas distribuidoras.

Finalmente, o producto chega ás maos dos consumidores a través do mercado de distribución retailista, formado, polo lado da oferta, polas empresas distribuidoras, que van desde as grandes superficies comerciais ata o pequeno comercio retailista, e polo lado da demanda,

polos consumidores particulares e os demandantes profesionais, nomeadamente a hostalaría.

SEXTO.- Unha vez determinados de modo sucinto os principais mercados relacionados co proceso de producción e venda de leite en Galicia, o paso seguinte é examinar a denuncia do Concello de Laracha segundo acordo do seu Pleno de 26 de novembro de 2008.

A parte inicial da denuncia, referente ás “*prácticas monopolistas das industrias produtoras de pensos*”, resulta, en opinión deste Tribunal, clara e facilmente comprensible, sen dúbdas respecto a qué industrias ou prácticas se está aludindo.

O mercado relevante sería, neste caso, o primeiro mencionado no Fundamento QUINTO anterior, é dicir, o constituído pola producción e distribución de pensos para o gando vacún produtor de leite, no que os oferentes do produto serían as empresas produtoras e distribuidoras de pensos, e os demandantes as explotacións gandeiras produtoras de leite.

Unha análise, mesmo sen ser moi profunda, da estrutura do mercado relevante de produto así definido amosa signos preocupantes desde o punto de vista da competencia, que xustificarián por si solos un estudo máis detido para comprobar se existen ou non prácticas anticompetitivas.

Polo lado da oferta, de acordo coa información do Tribunal, actúan en Galicia 85 fabricantes de produtos para a alimentación animal, dos que praticamente un 80 por cento están situados nas provincias de Lugo e A Coruña. Aínda con ese número relativamente elevado de empresas, o sector ten un alto nivel de concentración arredor de catro empresas principais que captan unha porcentaxe considerable da producción total. Esas catro empresas poderían actuar como líderes á hora de determinar os prezos de venda, que logo serían seguidos polo resto de empresas de menor tamaño, de xeito que as prácticas restritivas da competencia

poden verse altamente facilitadas, no caso de que, efectivamente, exista vontade para iso.

Esa circunstancia facilitadora de prácticas colusivas derivada da peculiar estrutura da oferta, refórzase pola dispersión e debilidade que existe neste mercado polo lado da demanda. Segundo datos de 2008, en Galicia se rexistran unhas trece mil explotacións gandeiras, onde predominan as de pequeno tamaño e capacidade negociadora reducida.

Alén do anterior, a análise e identificación de posibles prácticas anticompetitivas no mercado de subministro de alimentos para o gando produtor de leite é relevante polas súas posibles repercusións sobre o prezo do produto final. Un incremento nos custes dos produtores de leite, se é temporal, pode amortiguarse mediante unha compresión das marxes deses mesmos produtores ou dos segmentos sucesivos da cadea de envasado e comercialización do leite, mais, se ese incremento se converter nun cambio permanente, tería unha incidencia certa nos prezos que debe pagar o consumidor final, aparte de prexudicar os posibles investimentos e a mellora da calidade dos segmentos produtivos que compoñen a cadea de producción e subministro de leite para o consumo humano.

En consecuencia, o Tribunal considera que a investigación no mercado do subministro de alimento para o gando vacún produtor de leite non debe concluir ánda que o Concello de Laracha non aportara probas ou información detallada sobre as supostas prácticas anticompetitivas que denuncia. O Tribunal estima que o Servizo debe continuar o seu labor, efectuando unha investigación de oficio que permita excluír a existencia de indicios de infracción neste mercado ou, polo contrario, confirme a denuncia do Concello de Laracha e se inicie o procedemento sancionador correspondente.

SETIMO.- Entre as averiguacións que debe efectuar o Servizo para excluír a existencia de prácticas anticompetitivas no sector de

subministro de alimentos para o gando vacún produtor de leite, cabe sinalar o seguinte:

En primeiro lugar, resulta necesario averiguar se os produtores de leite confirman ou non a existencia das prácticas denunciadas, mediante entrevistas persoais ou unha enquisa efectuada entre as empresas gandeiras galegas polo procedemento reservado que o SGDC estime más conveniente.

En segundo lugar, cumpliría examinar a posible existencia de prácticas restritivas da competencia no mercado considerado relevante mediante a recollida de información sobre os prezos realmente cargados polas empresas subministradores de alimento para o gando vacún ás unidades produtoras de leite, segundo os datos que podan achegar estas últimas.

Como é sabido, a mediados de 2007 produciuse un incremento notable do prezo dos pensos destinados á alimentación animal. Nesa perspectiva, o SDGC debería examinar:

- A evolución do prezo dos pensos nos últimos dous anos, polo menos, con especial atención aos prezos fixados polas catro empresas líderes.
- Se existen ou non coincidencias nos niveis e no comportamento dos prezos segundo o tipo de produto, áreas de subministro ou tamaño das explotacións que carezan de explicación económica racional alternativa e que, por tanto, poidan ser indicativos de acordos colusivos entre as empresas subministradoras de pensos.
- Identificación dos mercados xeográficos ou territoriais en que operan as catro empresas líderes.
- A análise de calquera outro indicador que permita identificar calquera outra práctica restritiva da competencia segundo a

relación –non exhaustiva, pero si indicativa– que se recolle no artigo 1 LDC.

En terceiro lugar, se acaso existisen indicios suficientes de prácticas anticompetitivas sobre a base da análise indicada nos dous puntos anteriores, o Servizo podería proceder a unha investigación directa das hipotéticas empresas infractoras, actuando en todo caso con escrupuloso respecto ao principio de presunción de inocencia en tanto en canto non se probe o contrario, e considerando que a simple petición de información por escrito aos supostos culpables dunha infracción ou dun delito, salvo casos excepcionais, non soe render resultados satisfactorios.

OCTAVO.- No referente á segunda parte da denuncia do Pleno do Concello de Laracha, concretada na expresión “*as prácticas de dumping utilizadas polas industrias e a distribución*”, caben dúas posibles opcións para atribuírlle un contido preciso, segundo cal sexa a interpretación que se faga do termo *dumping*.

Nunha primeira posibilidade, *dumping* pode entenderse no sentido de vender un produto noutro país a un prezo máis baixo que no mercado nacional, é dicir, exportar a un prezo inferior ao que se vende no país de orixe.

Trataríase, neste caso, dunha discriminación de prezos, coa finalidade non necesariamente de desprazar do mercado a outros competidores, senón para eliminar stocks ou conseguir un beneficio suplementario cando existen desaxustes entre a oferta e a demanda nacionais. Unha das consecuencias más importantes desas prácticas é que poden ocasionar un grave prexuízo aos produtores do país de destino das exportacións.

Se o Concello de Laracha no seu escrito de 3 de decembro de 2008 utiliza o termo *dumping* nesta primeira acepción, a expresión “*as prácticas de dumping utilizadas polas industrias e a distribución*” debería

entenderse no sentido de que certas industrias transformadoras ou distribuidoras están efectuando importacións de leite de outros países polo que pagan un prezo inferior ao que os produtores estranxeiros o estan vendendo á súa industria transformadora ou aos seus distribuidores comerciais retallistas.

Nesta hipótese, resulta obvio que serían aqueles produtores estranxeiros que venden o leite por baixo do prezo que alcanza no seu país de orixe quen estarían incorrendo nas supostas prácticas de *dumping*, claramente coa colaboración necesaria das industrias transformadoras compradoras radicadas en territorio galego ou español.

Nesta interpretación da denuncia do Concello de Laracha, os órganos galegos de defensa de competencia carecerían de competencias executivas para entender deste caso, pois ao estar afectado o comercio entre dous Estados membros da Unión Europea serían de aplicación as normas de competencia europeas, nomeadamente os artigos 81 e 82 do Tratado de Roma.

Efectivamente, a habilitación competencial do Tribunal Galego de Defensa da Competencia, como tamén ocorre cos demais órganos de defensa da competencia autonómicos, está limitada á aplicación executiva das normas de ámbito español, reservándose a aplicación das normas de rango comunitario, os referidos artigos 81 e 82 CE, para a Comisión Nacional da Competencia e os tribunais xurisdicionais correspondentes, tal como sinalan os artigos 13 e 24.c LDC.

NOVENO.- Ora ben, o termo *dumping* pode entenderse nun sentido más xenérico como a venda dun producto a prezo inferior ao seu custo co propósito de prexudicar aos competidores nun mercado determinado.

Trataríase neste suposto dunha venda a perda dentro do propio mercado nacional que podería reputarse como práctica desleal e, por tanto, prohibida polo artigo 17 da Lei 3/1991, do 10 de xaneiro, de Competencia Desleal, sempre e cando concorra calquera dos tres

supostos establecidos nese artigo: que dita practica desleal sexa susceptible de inducir a erro aos consumidores sobre o nivel de prezos doutros produtos do mesmo establecemento; que teña por obxecto desacreditar a imaxe dun produto ou dun establecemento alleos; ou que forme parte dunha estratexia dirixida a eliminar a un competidor ou grupo de competidores do mercado.

Unha conduta desleal así identificada sería susceptible de ser analizada desde a perspectiva dunha violación do artigo 3 LDC se se chegase a demostrar que esa suposta deslealdade cumple co requisito crítico establecido nese artigo de que por falsear a libre competencia afecte ao interese público.

Desde outro punto de vista, unha venda a perda no mercado nacional tamén podería considerarse, desde a perspectiva da competencia, como unha posible violación do artigo 2 LDC se é practicada por unha empresa en posición de dominio con finalidade depredadora.

Aínda que este segundo suposto, a aplicación do artigo 2 LDC, resulta pouco probable dada a estrutura actual do sector leiteiro e da distribución en Galicia, si parece xustificada a necesidade de afondar no esclarecemento das prácticas que están levando a cabo certas empresas distribuidoras de leite tendo en conta o disposto no artigo 3 LDC, nomeadamente no segmento das marcas de distribuidor.

Neste sentido, o Tribunal estima que tampouco desde esta perspectiva se debe arquivar sen máis trámite a denuncia do Concello de Laracha, senón que, polo contrario, o Servizo debe investigar en detalle se as empresas de distribución en Galicia están vendendo leite a perda e se esa hipotética venda a perda pode constituir unha deslealdade ex artigo 17 da Lei 3/1991, do 10 de xaneiro, de Competencia Desleal, para apreciar, a continuación, se acaso se estivese incorrendo nunha práctica que por falsear a libre competencia afectase ao interese público e, por tanto, fose de aplicación o disposto no artigo 3 LDC.

Ao respecto, o Tribunal considera que o Servizo debe examinar os prezos de compra do leite dos principais distribuidores retallistas que operan en Galicia e comprobar se eses prezos pagados son superiores ou inferiores aos prezos de venda ao público, nos diferentes segmentos do mercado, con especial atención ás marcas de distribuidor, e durante un período de tempo suficientemente significativo, por exemplo, no último ano, que é cando se observan as maiores oscilacións de prezos neste sector.

Así mesmo, no caso de atopar probas ou indicios suficientes de que, efectivamente, se estivese practicando unha venda a perda no mercado do leite, o Servizo debe analizar a posible intencionalidade desa práctica e estudala á luz do disposto no artigo 17 da Lei de Competencia Desleal e de outros artigos dessa mesma Lei que poidan ser relevantes.

Finalmente, o Servizo debe considerar se as hipotéticas conductas anticompetitivas analizadas afectan ou non ao interese público por falsear as normas que regulan a libre competencia, de acordo ao grao e intensidade das prácticas que, eventualmente, podan detectarse.

DECIMO.- En definitiva, este Tribunal considera que tanto no tocante ao mercado de suministro de alimentos ao gando vacún para a produción de leite, como no mercado de distribución retallista do leite na Comunidade Autónoma de Galicia, non procede arquivar o expediente aberto pola denuncia do Concello de Laracha, e estima que o Servizo debe continuar as investigacións ata o completo esclarecemento de se existen ou non indicios de infracción das normas de competencia nos dous mercados mencionados.

Vistos os preceptos citados e os demais de xeral aplicación, este Tribunal

RESOLVE

PRIMEIRO.- Desestimar a proposta de arquivo do Servizo Galego de Defensa da Competencia referente á decisión do Pleno do Concello de Laracha de 26 de novembro de 2008 que foi comunicada ao Servizo mediante escrito deste Tribunal de 8 de xaneiro de 2009.

SEGUNDO.- Declarar que no referente ás supostas prácticas monopolistas das industrias produtoras de pensos das que informa o citado Pleno, o Servizo debe efectuar as investigacións que sexan necesarias ata o completo esclarecemento de se existen ou non indicios de infracción das normas de competencia no mercado de subministro de alimentos ao gando vacún para a produción de leite na Comunidade Autónoma de Galicia, facendo constar que o Servizo debe achegar ao expediente información veraz e contrastada como mínimo dos aspectos referidos no Fundamento SETIMO anterior, que, resumidamente, son os seguintes:

Primeiro, averiguar se os produtores de leite confirman a existencia ou non das prácticas denunciadas.

Segundo, examinar a posible existencia de prácticas restritivas da competencia no mercado considerado relevante mediante a recollida da seguinte información sobre os prezos cargados polas empresas subministradoras de pensos ás unidades produtoras de leite:

- A evolución do prezo dos pensos nos últimos dous anos, polo menos, con especial atención aos prezos fixados polas catro empresas líderes.
- Se existen ou non coincidencias nos niveis e no comportamento dos prezos segundo o tipo de produto, áreas de subministro ou tamaño das explotacións que carezan de explicación económica racional alternativa e que, por tanto, poidan ser indicativos de acordos colusivos entre as empresas subministradoras de pensos.

- Identificación dos mercados xeográficos ou territoriais en que operan as catro empresas líderes.
- Análise de calquera outro indicador que permita identificar calquera outra práctica restritiva da competencia no mercado aludido, e

Terceiro, se acaso existisen indicios suficientes de prácticas anticompetitivas sobre a base da análise indicada nos dous puntos anteriores, obter información directa das empresas supostamente infractoras, mediante os medios suficientemente efectivos que o Servizo estime procedentes.

TERCEIRO- Declarar igualmente que o Servizo debe realizar unha investigación o máis completa posible sobre as hipotéticas prácticas de *dumping* utilizadas polas industrias e a distribución do sector do leite, mencionadas polo Pleno do Concello de Laracha de 26 de novembro de 2008, de acordo ao indicado no Fundamento NOVENO anterior, e, especialmente, avaliar se as empresas de distribución retallista están vendendo a perda o leite con fins anticompetitivos, de modo que podan estar incorrendo nunha violación da Lei de Defensa da Competencia.

En concreto, e con este obxectivo, o Servizo debe obter información sobre as operacións de compra de leite dos distribuidores e dos prezos de venda aos consumidores, especialmente no segmento de marcas de distribuidor, durante o último ano para comprobar se efectivamente se están producindo vendas a perda do leite. Posteriormente, no caso de confirmarse esa hipótese, o Servizo debe efectuar unha investigación sobre as posibles causas dese proceder e se pode constituír un ilícito desleal con afectación do interese público, segundo o disposto no artigo 3 LDC, ou se esa venda a perda incorre ou non nas prohibicións do artigo 2 LDC, ata o completo esclarecemento deste asunto.

Comuníquese esta Resolución ao Servizo Galego de Defensa da Competencia, e notifíquese aos interesados, informandoos de que contra

ela non cabe recurso algúن, sen prexuízo dos actos que procedan cando este Tribunal dite Resolución definitiva.

12. Expediente RA 23/2009 (“Aluguer de solo en parques eólicos 2”). Resolución do 17 de xullo de 2009.

Pleno

Sres.:

D. José Antonio Varela González, Presidente
D. Fernando Varela Carid, Vogal
D. Alfonso Vez Pazos, Vogal

En Santiago de Compostela, 17 de xullo de 2009.

O Pleno do Tribunal Galego de Defensa da Competencia (TGDC), coa composición indicada máis arriba, e sendo relator D. José Antonio Varela González, presidente do TGDC, ditou a seguinte Resolución no Expediente RA-23/2009, “Aluguer do solo en parques eólicos 2” (Expediente 9/2008, do Servizo Galego de Defensa da Competencia, en adiante SGDC), tras examinar a proposta de non incoación de procedemento sancionador e arquivo de actuacións efectuada polo SGDC segundo escrito de 2 de abril de 2009.

ANTECEDENTES DE FEITO

- 1.- Con data 27 de marzo de 2008, o TGDC remitiu ao SGDC unha noticia, publicada o 8 de marzo de 2008 nun xornal de ampla circulación en Galicia, referente a unhas supostas prácticas anticompetitivas entre as empresas produtoras de enerxía eólica en relación cos alugueiros que ditas empresas pagaban aos propietarios dos terreos nos que se instalarían parques eólicos. A citada noticia facíase eco dunhas declaracóns efectuadas en rolda de prensa o 7 de marzo de 2008 pola Asociación de propietarios de montes chamada “Ventonoso”.
- 2.- Tras a realización de diversas dilixencias de investigación, no marco da fase de información reservada, o SGDC remitiu ao Tribunal, con data 8 de maio de 2008, a proposta de non incoación de procedemento e o arquivo das actuacións, ao abeiro do artigo 49.3 da Lei 15/2007, de 3 de xullo, de Defensa da Competencia dado que, na súa opinión, non se apreciaban indicios de infracción dos artigos 1, 2 ou 3 da citada norma.
- 3.- O 2 de xullo de 2008, o Pleno do Tribunal deliberou e pronunciouse sobre este asunto, adoptando a correspondente Resolución, de data 10 de xullo de 2008 (RA 9/2008. “Aluguer de solo en parques eólicos”), na que non consideraba axeitada a proposta formulada polo SGDC e acordaba, na súa parte dispositiva o seguinte:

“ÚNICO.- Considerar insuficientes as actuacións do SGDC para esclarecer os feitos que motivaron o inicio de oficio de dilixencias por supostas prácticas contrarias á Lei 15/2007, de 3 de xullo, de defensa da competencia neste expediente e, por tanto, declarar que non procede o arquivo de ditas actuacións senón a continuación das indagacións ata a completa cualificación xurídica do caso, facendo constar que o Servizo debe achegar ao

expediente información veraz e contrastada como mínimo dos seguintes aspectos:

- *Análise dos alugueiros pagados realmente aos propietarios das terras onde xa se instalaron parques eólicos, durante os dous últimos anos, a partir da información que proporcionen os propietarios das terras e as empresas eólicas.*
- *Identificación das empresas que están negociando, en cada zona, na actualidade os alugueiros de futuros parques eólicos e se esas empresas representan a unha ou a varias empresas eólicas*
- *Análise dos contratos subscritos entre esas empresas intermediarias e as empresas eólicas*
- *Análise das ofertas que, en cada zona, están facendo as empresas que negocian os referidos alugueiros e comparación das mesmas cos prezos pagados en parques xa instalados.”*

4.- Trala notificación da citada Resolución e a remisión do expediente administrativo por parte do TGDC ao SGDC, este organismo practicou diversas diligencias adicionais. En particular, con data 29 de outubro de 2008 solicitou da asociación Ventonoso a seguinte información:

*“1. Nome das empresas que instalaron parque eólicos en Galicia nos dous últimos anos, así como das empresas que estean negociando actualmente os alugueiros de futuros parque eólicos.
2. Identidade e endereço dos propietarios dos terreos onde se instalaron parques nos dous últimos anos e dos que son titulares de terreos nos que se prevé a instalación de futuros parque eólicos.”*

5.- Con data 15 de decembro de 2008, a citada asociación remitiu ao SGDC a seguinte documentación:

- Contratos presentados a propietarios por distintas empresas eólicas participantes nos concursos convocados pola Xunta de Galicia nos dous anos anteriores.
 - Relación de solicitudes de parques no concurso eólico.
 - Relación de parques construídos nos dous anos anteriores.
 - Contratos anteriores ós dous últimos anos.
- 6.- Con data 2 de abril de 2009, o SGDC elevou ao Pleno do TGDC unha nova proposta na que solicitaba do TGDC que acordara a non incoación do expediente sancionador, co correspondente arquivo das actuacións practicadas, ao non atopar indicios de infracción dos artigos 1, 2 ou 3 da Lei 15/2007, de 3 de xullo, na conducta denunciada.
- 7.- Con data 2 de xullo de 2009, o Pleno do Tribunal deliberou sobre este expediente, pronunciando a presente Resolución.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

PRIMEIRO.- A presente Resolución pronúnciase ao abeiro da Lei 15/2007, de 3 de xullo, de defensa da competencia (en adiante LDC) por tratarse dun expediente aberto con posterioridade á súa entrada en vigor o pasado 1 de setembro de 2007.

SEGUNDO.- De acordo co artigo 49 LDC, o inicio do procedemento sancionador pode realizarse de oficio ben por iniciativa da Dirección de Investigación, no noso caso, do Servizo, ou ben por iniciativa do Consello da CNC, no noso caso, o Tribunal.

Tal como se sinala nos Antecedentes de Feito, o 8 de marzo de 2008 o Tribunal remitiu ao SGDC unha nova aparecida na prensa galega referente a posibles prácticas anticompetitivas no sector eólico, coa intención de que o

Servizo efectuara as investigacións oportunas para comprobar a veracidade da citada noticia e, no caso de apreciar indicios racionais de prácticas contrarias á LDC, iniciase a incoación dun expediente sancionador.

TERCEIRO.- O punto 2 do artigo 49 LDC sinala que ante a noticia da posible existencia dunha infracción, o Servizo poderá realizar unha información reservada para determinar con carácter preliminar se concorren as circunstancias que xustifiquen a incoación dun expediente sancionador.

Pola súa parte, o punto 3 do mesmo artigo 49 LDC establece que o Tribunal, a proposta do Servizo, poderá acordar non incoar os procedementos derivados da presunta realización de condutas prohibidas polos artigos 1, 2 e 3 LDC e o arquivo de actuacións cando considere que non hai indicios de infracción da Lei. Esa capacidade recoñecida ao TGDC para decidir sobre a non incoación e o arquivo de expedientes implica “*necesariamente*”, como se recollía no Fundamento Xurídico 3ª, segundo parágrafo, da Resolución deste Tribunal do 10 de xullo de 2008 (Exp. RA 9/2008. Aluguer de solo en parques eólicos), “*a capacidade para determinar se un expediente debe ser obxecto dunha análise mais detida e, no caso de se apreciar polo Tribunal indicios de infracción, instar ao Servizo a que incoe o procedemento sancionador correspondente*”.

No presente caso, o SGDC procedeu a practicar novas investigacións, segundo o acordado polo TGDC na Resolución citada, chegando á mesma conclusión inicial: nos feitos denunciados non se atopan indicios de infracción dos artigos 1, 2 e 3 da LDC.

Agora corresponde ao TGDC, á vista das novas dilixencias realizadas, avaliar a proposta do SGDC e resolver este

asunto despois de avaliar se existen, ou non, indicios de infracción da normativa da competencia que xustifiquen, no seu caso, a incoación do correspondente expediente sancionador.

CUARTO.- Na súa resposta ás peticións do SGDC, o presidente da Asociación Ventonoso realiza unha serie de consideracións ao tempo que achega catro “DOCUMENTOS”.

QUINTO.- As consideracións realizadas polo presidente da Asociación Ventonoso no seu escrito de 14 de novembro de 2008 fan referencia, en esencia, a que: (i) só algúns membros da asociación estiveron de acordo coas condicións ofertadas polas empresas e asinaron os contratos, polo que o número de contratos a avaliar é cativo; (ii) as empresas dispoñen de máis información que os propietarios para a súa toma de decisións; (iii) se van á expropiación, os propietarios resultan prexudicados xa que o Xurado de Expropiación establece prezos moi baixos que beneficián á Administración da que ese organismo forma parte; e (iv) está en marcha un proceso contencioso ante o TSXG, co fin de que se recoñeza a figura de “solar eólico” o que, se entende, incrementaría o prezo das propiedades.

Todos estes aspectos, relacionados co prezo obtido polos propietarios do solo, sitúanse fora das competencias de análise e avaliação deste TGDC, xa que non se vinculan a: (i) un posible acordo entre as empresas eólicas na súas ofertas aos propietarios dos terreos; (ii) nin a unha recomendación dunha asociación de empresas eólicas para que estas actúen dun xeito común; (iii) un abuso da posición de dominio que algunha das empresas eólicas puidera ter; e (iv) actos desleais dos competidores.

- SEXTO.-** Resta pois examinar o contido dos “DOCUMENTOS” achegados polo presidente da Asociación Ventonoso. O primeiro é un conxunto de contratos presentados a propietarios por distintas empresas eólicas participantes no concurso da Xunta de Galicia os dous últimos anos. O segundo aporta unha relación de solicitudes de parques no concurso eólico. O terceiro achega unha listaxe de parques construídos nos dous últimos anos. O cuarto incorpora contratos anteriores aos dous últimos anos.
- SÉTIMO.-** Os contratos aportados no DOCUMENTO 1, todos eles con data de 2008, agás un de 2007, amosan o canon a pagar e o tempo de duración do contrato. No relativo ao canon non se atopa unha coincidencia xeral no criterio utilizado para fixalo, xa que algúns contratos establecen unha cantidade fixa a pagar, outros utilizan o criterio dos metros cadrados afectados, os megavatios instalados, o número de autoxeradores ou os ingresos brutos do parque; ademais algúns contratos recollen cláusulas de garantía dun pago mínimo. Polo que se refire á duración do contrato, tamén se atopan diferenzas entre os contratos.
- OITAVO.-** Os DOCUMENTOS 2 e 3 corresponden a listados de parques eólicos, un deles co número de solicitantes en cada caso. A súa natureza fai que non resulten relevantes para a avaliación da natureza dos contratos.
- NOVENO.-** Polo que se refire aos contratos correspondentes ao DOCUMENTO 4, se ben neste caso se identifica unha coincidencia plena na duración, esta semella xustificada pola propia duración das concesións administrativas. Polo que se refire ao aluguer, de novo se atopan diferenzas entre as diversas propostas, xa que os criterios establecidos para fixar o prezo son distintos: por autoxerador; por metro cadrado

afectado, diferenciando entre pleno dominio e servidume; e por facturación.

DÉCIMO.- Consecuentemente, a partir do exame da documentación achegada polo presidente da Asociación “Ventonoso” non é posible apreciar indicios de acordo na fixación dos prezos entre as empresas eólicas participantes no concurso eólico da Xunta de Galicia, razón pola que procede confirmar a proposta de non incoar expediente sancionador, con arquivo de actuación, tal e como propón o SGDC.

Vistos os preceptos citados e os demais de xeral aplicación, este Tribunal

RESOLVE

ÚNICO.- Admitir a proposta de non incoar expediente sancionador, con arquivo de actuacións, formulada polo Servizo Galego de Defensa da Competencia (SGDC) do expediente instruído de oficio a instancia do Tribunal Galego de Defensa da Competencia (TGDC) ao non se apreciar indicios de infracción da Lei 15/2007, de 3 de xullo, de Defensa da Competencia

Comuníquese esta Resolución ao Servizo Galego de Defensa da Competencia, e notifíquese aos interesados, facendo constar que contra ela non cabe recurso algúin en vía administrativa, podendo interpoñer recurso Contencioso Administrativo ante o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses contados dende a súa notificación.

13. Expediente RA 25/2009 (“Formación da Coruña 2”). Resolución de 30 de decembro de 2009.**Pleno**

Sres.:

D. José Antonio Varela González, Presidente
D. Fernando Varela Carid, Vogal
D. Alfonso Vez Pazos, Vogal

En Santiago de Compostela, 30 de decembro de 2009.

O Pleno do Tribunal Galego de Defensa da Competencia, coa composición indicada máis arriba, e sendo relator D. Fernando Varela Carid, vogal, ditou a seguinte Resolución no Expediente RA-25/2009, “Formación da Coruña 2” (Expediente 22/2008, do Servizo Galego de Defensa da Competencia, en adiante SGDC), tras examinar a proposta de non incoación de procedemento e arquivo das actuacións efectuada polo SGDC, segundo escrito de 12 de maio de 2009.

ANTECEDENTES DE FEITO

1.- O 6 de novembro de 2008, XXXX, en nome e representación de XXXX, presentou unha denuncia dirixida á Comisión Nacional da Competencia contra FOREM Galicia, FORGA e UXT Galicia por presuntas prácticas de competencia desleal que, a xuízo do denunciante, poderían ser constitutivas dunha infracción da Lei 15/2007, de 3 de xullo, de Defensa da Competencia (en adiante, LDC).

2.-Unha vez determinada a competencia do SGDC e mais do Tribunal Galego de Defensa da Competencia (en adiante, o Tribunal) para coñecer deste asunto, o Servizo iniciou as súas dilixencias para esclarecer os feitos denunciados e proceder á cualificación xurídica dos mesmos.

3.- En aplicación do disposto no artigo 49.3 da LDC e mediante escrito de 14 de xaneiro de 2009, o SGDC efectuou a súa proposta a este Tribunal consistente en non incoar procedemento sancionador e proceder ao arquivo das actuacións.

4.-O 5 de marzo de 2009, o Pleno do Tribunal pronunciouse sobre o asunto, e ditou a Resolución de 16 de marzo de 2009 na que se recusaba a proposta de arquivo do SGDC e se instaba a dito Servizo a dar traslado da denuncia de XXXX aos presuntos infractores para que puideran realizar as alegacións que estimasen convenientes sobre a mesma.

5.- Recibidas as alegacións de FOREM Galicia e de UXT Galicia -FORGA non presentou alegación algunha-, o SGDC analizou novamente se existía algunha posible contravención da LDC por parte das institucións denunciadas, chegando á conclusión de que non había indicios de infracción das normas de competencia e que, por tanto, procedía non incoar expediente e arquivar as actuacións desenvolvidas ata ese momento, segundo fixo constar na proposta remitida a este Tribunal o 12 de maio de 2009.

6.-O 19 de maio de 2009, o Pleno do Tribunal admitiu novamente a trámite este asunto e nomeou relator do mesmo ao vogal D. Fernando Varela Carid. Son interesados:

- XXXX, en nome e representación de XXXX,
- Fundación Formación e Emprego (FOREM) do sindicato Comisións Obreiras de Galicia,

- Fundación para a Orientación Profesional, a Investigación e o Desenvolvemento Tecnolóxico, o Emprego e Formación en Galiza (FORGA), da Confederación Intersindical Galega, e
- Unión Xeral de Traballadores (UXT) de Galicia.

6.- Considerando necesario aclarar certos aspectos e co obxectivo de dispor de elementos de xuízo suficientes para pronunciarse sobre as cuestións planteadas, o Tribunal requiriu, a través do SGDC, varios datos e información complementaria de FOREM Galicia, FORGA e UXT Galicia, e tamén da Dirección Xeral de Tráfico, mediante o acordo de realización de prácticas complementarias de 20 de xullo de 2009, segundo potestade recoñecida para o Consello da CNC, e, por tanto, para este Tribunal, polo artigo 51.1 da LDC, desenvolvido polo artigo 36 do Real Decreto 261/2008, do 22 de febreiro, polo que se aproba o Regulamento de Defensa da Competencia.

7.-O SGDC remitiu ao Tribunal a información requerida o 19 de novembro de 2009.

8.-Examinada esa nova documentación e o resto do expediente, o Pleno do Tribunal deliberou e pronunciouse sobre este asunto na súa reunión de 17 de decembro de 2009.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

PRIMEIRO.- A presente Resolución dítase ao abeiro da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de Defensa da Competencia por tratarse dun asunto aberto con posterioridade á entrada en vigor desa Lei o pasado 1 de setembro de 2007.

SEGUNDO.- O apartado 3 do artigo 49 LDC establece que o Tribunal, a proposta do Servizo, poderá acordar non incoar os procedementos derivados da presunta realización de

condutas prohibidas polos artigos 1, 2 e 3 LDC e ordenar o arquivo de actuacións cando considere que non hai indicios de infracción da Lei. Corresponde a este Tribunal, polo tanto, neste caso, analizar a proposta efectuada polo SGDC para ver se procede aceptala e, en consecuencia, arquivar as actuacións desenvolvidas ata agora, ou, polo contrario, se procede rexeitar esa proposta por se apreciar indicios de infracción das normas de competencia.

TERCEIRO.- Este procedemento iniciouse pola denuncia de 6 de novembro de 2008 de XXX, en nome e representación de XXXX, contra FOREM Galicia, do sindicato Comisións Obreiras, FORGA, da Confederación Intersindical Galega, e a Unión Xeral de Traballadores de Galicia por presuntas prácticas de competencia desleal, consistentes, segundo o denunciante, na discriminación e boicot a determinadas autoescolas na contratación dos cursos de formación impartidos na provincia da Coruña para a obtención de permisos de circulación C, C+D e E a traballadores en formación no marco do programa de subvencións públicas do Fondo Social Europeo, outorgadas polo Ministerio de Traballo e Inmigración e xestionadas pola Consellería de Traballo da Xunta de Galicia.

Aínda que a denuncia se circunscribe á figura de competencia desleal contemplada na LDC no seu artigo 3, este Tribunal considera que convén revisar a conduta denunciada desde a tripla perspectiva que permite a Lei 15/2007 e, por tanto, tendo en conta tamén as prohibicións do artigo 1, referente ás condutas colusorias, e do artigo 2, referente ao abuso da posición de dominio, de modo que se poda excluír de forma taxativa a existencia de calquera ilícito da competencia pola causa que se examina.

CUARTO.- Para efectuar debidamente esa análise, o Tribunal considera que se deben seguir os pasos que a continuación se indican.

En primeiro lugar, cómpre esclarecer o alcance competencial dos órganos galegos de defensa da competencia, tanto do Servizo como do Tribunal, neste caso concreto, de acordo coas provisións legais pertinentes.

En segundo lugar, débese determinar se as entidades denunciadas están ou non suxeitas ao cumprimento do disposto na Lei de Defensa da Competencia e demais normas complementarias que regulan a competencia no mercado.

En terceiro lugar, se acaso se chegase a unha resposta positiva á cuestión anterior, débese definir o mercado considerado relevante neste caso e proceder, a continuación, ao estudo da posición relativa que ocupan as entidades denunciadas dentro dese mercado.

Por último, a partir da definición do mercado relevante, habería que comprobar se existen indicios ou non de prácticas contrarias á libre competencia baixo a tripla perspectiva dos artigos 1, 2 e 3 LDC.

QUINTO.- Respecto á primeira cuestión mencionada, sinaladamente o ámbito competencial dos órganos galegos de defensa da competencia, o Tribunal comparte a opinión expresada polo SGDC no seu escrito de 12 de maio de 2009 sobre este asunto, no sentido de que a función do Servizo e do Tribunal debe restrinxirse á aplicación executiva da LDC no tocante ás prohibicións dos artigos 1, 2 e 3, de maneira que a conducta denunciada debe examinarse únicamente respecto aos seus efectos sobre a libre competencia no mercado.

En consecuencia, queda excluída da análise deste Tribunal a revisión da legalidade respecto á oportunidade da concesión das subvencións ás entidades denunciadas, a forma en que se administran esos fondos e a corrección ou non daúa xustificación ante os órganos administrativos supervisores

habilitados para ese fin; tendo en conta que esa función corresponde, primeiramente, á Consellería de Traballo, e, en última instancia, aos órganos xurisdicionais da orde contencioso-administrativa. Esta é tamén a posición mantida por este Tribunal na Resolución de arquivo do expediente RA-5/2008, Formación de Lugo, no que se examinou unha cuestión similar á presente.

Cómpre sinalar que, en todo caso, a conclusión anterior non pode entenderse no sentido de que se menoscabe a potestade deste Tribunal para analizar a conformidade legal das contratacións efectuadas polas entidades denunciadas, se iso for relevante para apreciar a eventual existencia de practicas restritivas da competencia baixo calquera das modalidades sinaladas -a colusión, o abuso da posición de dominio ou a deslealdade con afectación do interese público.

- SEXTO.-** A segunda cuestión que cómpre esclarecer é se as entidades denunciadas están ou non suxeitas ao cumprimento do disposto na LDC e, nomeadamente, se deben abstener de incorrer en calquera practica contraria ao establecido nos seus artigos 1, 2 e 3.

A este respecto, o Tribunal entende que, en efecto, as tres entidades denunciadas, aínda carecendo de ánimo de lucro, deben cumplir o establecido nas normas de defensa da competencia sempre cando actúen como operadores no mercado, circunstancia que concorre no presente caso, pois son demandantes dun servizo, os cursos de formación para a obtención do permiso de conducción dos tipos C, C+D e E, por conta e representación, por así dicir, dos usuarios últimos dese servizo, que son as persoas que participan nos cursos contratados. Neste sentido, as tres entidades demandan un servizo que se obtén, mediante unha contraprestación económica, das empresas especializadas na prestación dese tipo de servizos, que son as autoescolas seleccionadas, sen

que teña maior transcendencia aos efectos da súa participación no mercado que a procedencia dos fondos para financiar esas contratacóns sexan fondos públicos en todo ou en parte.

Resulta doadoo colixir que a través desa participación no mercado, as entidades denunciadas poderían hipoteticamente alterar de modo significativo a competencia, se chegasen a acordos entre elas ou coas empresas oferentes do servizo demandado co propósito declarado ou non, de xeito intencional ou simplemente neglixente, de restrinxir a competencia baixo calquera das modalidades contempladas no artigo 1 da LDC ; ou se, partindo dunha posición de dominio conxunta ou separadamente, incorresen en calquera das prácticas prohibidas polo artigo 2 da LDC. Así mesmo, a libre competencia no mercado podería verse gravemente comprometida se a contratación do servizo demandado recaera de modo sistemático sobre unha ou varias autoescolas, de xeito que permitira o desenvolvemento dunha conduta agresiva por parte desas autoescolas contratadas e, por tanto, desleal con outros competidores no mercado libre de permisos de conducción –aquel que non está vencellado aos cursos de formación financiados con axudas públicas-grazas á dispor dunha base de negocio particularmente favorable con calquera das institucións denunciadas. Cuestión esta última que acreditaría, cando menos, un afondamento do expediente para poder chegar a conclusións definitivas debidamente fundamentadas.

SÉTIMO.- Respecto á terceira cuestión planteada, a definición do mercado relevante neste caso, debe tomarse en consideración non só o mercado de produto, senón tamén a dimensión xeográfica e mesmo a dimensión temporal.

Tendo en conta eses tres aspectos, o Tribunal considera que o mercado relevante neste caso esta constituído pola obtención dos permisos de conducción de tipo C, C+D e E con carácter anual na provincia da Coruña, que é o ámbito ao que se refire a denuncia presentada.

Respecto aos anos que deben examinarse, a denuncia de XXXX, aínda que non sinala unha duración explícita das prácticas denunciadas, menciona como anos de referencia o 2008 e o 2007. O Tribunal considera que a efectos prácticos resulta relevante analizar tamén o ano 2006.

Segundo a información fornecida pola Dirección Xeral de Tráfico, os permisos de conducción C, C+D e E emitidos na provincia da Coruña nos anos de referencia foron os seguintes:

- Ano 2006: 3.091 permisos,
- Ano 2007: 3.756 permisos, e
- Ano 2008: 3.776 permisos .

Descartando como residuais os casos das persoas que se preparan pero non obteñen o permiso de conducción, os datos anteriores poden considerarse como o mercado relevante total. Dentro dese mercado total, habería que distinguir dous segmentos diferenciados. Por unha parte, estaría o que podería denominarse mercado libre de permisos de conducción dos tipos C, C+D e E, constituído por todos aqueles que obteñen eses permisos costeándose eles mesmos a formación necesaria; por outra parte, estaría o mercado de permisos de conducción dos tipos C, C+D e E obtidos mediante a participación nun curso ofrecido por calquera das tres entidades denunciadas financiado a través das axudas publicas do Fondo Social Europeo.

Cómpre aclarar que tanto FORGA como FOREM efectuaron contratacóns directas con diversas autoescolas para que impartisen os cursos de formación ás persoas que desexaban obter os permisos de conducción. No entanto, UXT Galicia, segundo explicou a denunciada nas alegacións presentadas, desenvolveu as accións formativas a través da Fundación Instituto de Formación y Estudios Sociales, constituída pola UXT en 1986, con persoal vinculado en réxime laboral a esa Fundación e alugando os equipos didácticos ás autoescolas da provincia.

Partindo da información achegada ao expediente polas institucións denunciadas, e áínda considerando asimilables o aluguer de persoal e equipos de UXT como contratacóns directas, pódese estimar unha participación do segundo segmento identificado, isto é dos cursos ofrecidos de modo conxunto por FOREM, FORGA E UXT Galicia, no mercado relevante total de entre 15 e o 25 por cento no ano 2006, entre o 14 e o 23 por cento no ano 2007 e entre o 5 e o 8,7 por cento no ano 2008.

OITAVO.- Esas porcentaxes de participación conxunta das tres institucións denunciadas no mercado relevante, tal como foi definido no Fundamento anterior, permite excluir con toda claridade a posible aplicación do artigo 2 da LDC, relativo ao abuso de posición de dominio, sen necesidade de máis consideracións, pois a eventual aplicación dese artigo esixe a previa existencia de posición de dominio, excluída neste caso para as tres institucións denunciadas como conxunto e, en consecuencia, tamén para cada unha delas, sen que sexa preciso calcular esas porcentaxes que serán sempre inferiores ás do total.

NOVENO.- Dos datos fornecidos polos denunciantes relativos ao número de cursos de formación impartidos na provincia da Coruña

para a obtención de permisos de circulación C, C+D e E, que se analizan neste procedemento, así como do nome e número de autoescolas contratadas e demais pormenores do asunto, este Tribunal chega á conclusión de que non se observan indicios de prácticas colusivas que teñan ou poidan ter efectos restritivos da competencia.

As institucións referidas efectuaron nos anos 2006, 2007 e 2008 un total de 91 cursos de formación para a obtención dos permisos C, C+D e E, mediante a contratación con 19 autoescolas distintas. O reparto anual foi o seguinte: 36 cursos con 11 autoescolas distintas no ano 2006; 37 cursos con 14 autoescolas distintas no 2007; e 18 cursos con 11 autoescolas no 2008.

Así mesmo, non se observa unha concentración excesiva nin polo número de cursos contratados con cada autoescola nin no valor dos cursos contratados, agás no caso de FORGA que no ano 2006 e 2007 efectuou unha contratación más significativa cunha autoescola ainda que mantendo a diversidade de contratación con seis autoescolas máis, polo que non se pode afirmar que esa práctica supoña un indicio de restrición da competencia.

Non se aprecian tampouco prácticas de exclusión sistemática ou indebida fixación de prezos na contratación dos cursos referidos ou no arrendamento do material para a impartición dos cursos de formación analizados.

DÉCIMO.- Descartada a posible aplicación dos artigos 1 e 2 LDC, cómpre analizar a continuación este asunto desde a perspectiva do artigo 3 LDC, no que se concreta a denuncia presentada.

De acordo co citado artigo 3 da LDC, os actos de competencia desleal que por falsearen a libre competencia afecten ao

interese público se consideran prohibidos. Para que este Tribunal poda aplicar esta figura xurídica é necesario, de acordo co establecido na Lei e coa ampla xurisprudencia existente, que se cumpran dúas condicións. Por unha parte, que a conduta denunciada poda reputarse como desleal e, por outra, que esa deslealdade por falsear a libre competencia afecte ao interese público.

En opinión deste Tribunal, as institucións denunciadas están suxeitas ao cumprimento da Lei 3/1991, do 10 de xaneiro, de Competencia Desleal (en diante, LCD), pois como sinala a súa propia Exposición de Motivos basta con que se cumpran as dúas condicións previstas no parágrafo primeiro do seu artigo 2 : “*que o acto se realice no mercado (é dicir, que se trate dun acto de transcendencia externa) e que se leve a cabo con fins concorrenciais (é dicir que o acto teña por finalidade promover ou asegurar a difusión no mercado das prestacións propias ou dun terceiro). Se ditas circunstancias concorren, o acto poderá ser perseguido no marco da nova Lei. Non é necesaria ningunha outra condición ulterior; e concretamente – segundo se encarga de precisar o artigo 3 – non é necesario que os suxeitos – axente e paciente – do acto sexan empresarios, nin se esixe tampouco que entre eles medie unha relación de competencia*”.

Ora ben, resulta imprescindible para poder reputar de desleal unha determinada conduta que os actos denunciados teñan encaixe nalgúns das figuras de deslealdade contempladas na LCD. Dentro do catálogo que presenta a referida Lei de Competencia Desleal, en opinión deste Tribunal só resulta susceptible de aplicación hipotética neste caso o artigo 15, referente á violación de normas, e particularmente o disposto no seu punto 1 que considera desleal “*prevalese no mercado dunha avantaxe adquirida mediante a infracción das leis. A avantaxe ten que ser significativa*”.

No presente caso, este Tribunal non aprecia a existencia de indicios suficientes de infracción de normas nin tampouco que os posibles beneficiarios das condutas denunciadas, supostamente as autoescolas sobre as que recaen os contratos dos cursos de formación para obtención dos permisos de circulación C, C+D e E, obteñan como resultado desa hipotética infracción unha vantaxe competitiva significativa no mercado.

A Lei 38/2003, do 17 de novembro, Xeral de Subvencións establece no seu artigo 8.3.a que a xestión das subvencións se realizará de acordo cos principios de publicidade, transparencia, concorrencia, obxectividade, igualdade e non discriminación. Eses mesmos principios estánnidamente recollidos no artigo 5.2.a da Lei 9/2007, do 13 de xuño, de Subvencións de Galicia.

Ao mesmo tempo, a Lei Xeral de Subvencións sinala no seu artigo 31.3, referente aos gastos subvencionables, que cando o importe do gasto subvencionable supere a contía de 30.000 euros no suposto de custe por execución de obra, ou de 12.000 euros no suposto de subministro de bens de equipo ou prestación de servizos por empresas de consultaría ou asistencia técnica, o beneficiario deberá solicitar como mínimo tres ofertas de diferentes fornecedores, con carácter previo á contratación do compromiso para a prestación do servizo ou a entrega do ben. A este respecto, resulta relevante sinalar que a Orden TAS/718/2008, do 7 de marzo, que desenvolve o Real Decreto 395/2007 de 23 de marzo polo que se regula o subsistema de formación profesional para o emprego, en materia de formación de oferta e se establecen as bases reguladoras para a concesión das subvencións públicas destinadas ao seu financiamento, sinala no artigo 17.4 que *“aos efectos do previsto no artigo 31.3 da Lei 38/2003, do 17 de novembro, considerarase que o*

beneficiario cumpriu co establecido no artigo 31.3 cando xustifique de modo razoado que a elección do fornecedor responde a criterios de eficacia e economía”.

Da análise efectuada polo Tribunal á luz da normativa que precede e da revisión dos criterios seguidos polas institucións denunciadas para a contratación dos cursos de formación que se analizan neste caso, este Tribunal chega a conclusión de que non se produciu un quebrantamento das normas que permita aplicar o artigo 15.1 da Lei de Competencia Desleal e que por esa causa exista unha restrición da competencia no mercado significativa.

Ao non existir, a xuízo deste Tribunal, competencia desleal que afecte de xeito significativo a libre competencia, este Tribunal estima que non se poden aplicar as prohibicións do artigo 3 LDC á conduta denunciada.

UNDÉCIMO.- Por todo o anterior, o Tribunal considera acertada a proposta do SGDC de non incoar expediente sancionador e estima que debe procederse ao arquivo das actuacións.

DUODÉCIMO.- Despois de chegar á conclusión precedente, o Tribunal quere manifestar que a súa función non se esgota na represión das condutas que infrinxan a Lei de defensa da competencia, con ser esa unha función prioritaria para este Tribunal e sen dúbida altamente relevante, senón que tamén desenvolve unha función de promoción e estímulo á competencia efectiva no mercado.

Neste sentido, o Tribunal considera que os axentes económicos que representan intereses colectivos destacados deben xogar un papel de liderado, amparando e promovendo os valores da competencia en todas as súas actuacións relacionadas co mercado. Así, as tres institucións

denunciadas neste caso, se ben non se observa que incorreran nun ilícito da LDC, teñen unha especial responsabilidade social e, en consecuencia, deben aplicar do xeito máis eficaz e claro posible o disposto no artigo 8.3.a da Lei 38/2003, do 17 de novembro, Xeral de Subvencións, e no artigo 5.2.a da Lei 9/2007, do 13 de xuño, de Subvencións de Galicia, antes mencionadas, respecto a que a xestión das subvencións que se perciban se realizará de acordo cos principios de publicidade, transparencia, concorrencia, obxectividade, igualdade e non discriminación. Eses principios, que sempre deben respectarse, resultan especialmente relevantes cando se efectúa a contratación de obras ou servizos por conta de terceiros e cando, coma neste caso, se usan fondos públicos, cuxa correcta administración contribúe a acadar un maior benestar e desenvolvemento económico e social.

En conclusión, vistos os preceptos citados e os demais de xeral aplicación, este Tribunal

RESOLVE

ÚNICO.- Confirmar a proposta do SGDC de non incoar expediente sancionador e proceder ao arquivo das actuacións referentes á denuncia de XXXX, en nome e representación de XXXX, contra FOREM Galicia, FORGA e UXT Galicia por presuntas practicas contrarias á competencia.

Comuníquese esta Resolución ao Servizo Galego de Defensa da Competencia, e notifíquese aos interesados, facendo constar que contra ela non cabe recurso algúin en vía administrativa, podendo interpoñer recurso contencioso administrativo ante o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses contados dende a súa notificación.

ANEXO II. Real decreto 1083/2009, do 3 de xullo, polo que se regula a memoria de análise de impacto normativo.

TEXTO

La mejora de la calidad de las normas se ha constituido en una prioridad para el conjunto de los países de nuestro entorno a lo largo de los últimos años, debido entre otros factores, al papel que los ordenamientos jurídicos juegan como motor del desarrollo sostenible, la competitividad y la creación de empleo, e independientemente del fin último que debe cumplir toda norma, que no es otro que el de garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos como destinatarios finales de la misma.

En este sentido, ya en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 16 de marzo de 2005, «Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea», la Comisión recomendaba que todos los Estados miembros estableciesen estrategias para legislar mejor y, en particular, sistemas nacionales de evaluación de impacto que permitiesen determinar las consecuencias económicas, sociales y medioambientales de una norma, así como las estructuras de apoyo adaptadas a sus circunstancias nacionales.

De acuerdo con estos objetivos, el Gobierno ha venido aprobando en los últimos años un conjunto de medidas para impulsar la mejora de la regulación y la actuación de la Administración.

En línea con lo anterior, el presente real decreto tiene por objeto precisar el contenido de las memorias, estudios e informes sobre la necesidad y oportunidad de las normas proyectadas, así como de la memoria económica y del informe sobre el impacto por razón de género, que deben acompañar a los anteproyectos de ley y a los proyectos de reglamento, a los que hacen referencia los artículos 22 y 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que fueron modificados por la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, valoración que reiteró la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

La finalidad última de la Memoria del análisis de impacto normativo será garantizar que a la hora de elaborar y aprobar un proyecto se cuente con la información necesaria para estimar el impacto que la norma supondrá para sus destinatarios y agentes. Para ello, resulta imprescindible motivar la necesidad y oportunidad de la norma proyectada, valorar las diferentes alternativas existentes para la consecución de los fines que se buscan y analizar detalladamente las consecuencias jurídicas y económicas, especialmente sobre la competencia, que se derivarán para los agentes afectados, así como su incidencia desde el punto de vista presupuestario, de impacto de género, y en el orden constitucional de distribución de competencias.

Con el propósito de sistematizar y simplificar los citados informes y memorias, que deben acompañar a los anteproyectos y proyectos normativos del Gobierno, que redunden en una mejor comprensión y entendimiento, por parte de los órganos competentes, de sus objetivos últimos, en el presente real decreto se establece que los mismos se incluirán en un único documento que llevará por rúbrica «Memoria del análisis de impacto normativo». Para el apoyo a los distintos Departamentos ministeriales en la elaboración de la citada Memoria, el Consejo de Ministros aprobará una Guía Metodológica que elaborarán los Ministerios de la Presidencia, de Economía y Hacienda, de Política Territorial y de Igualdad. En este ámbito, y con el fin de aclarar las competencias que corresponden a la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios, y de acuerdo con lo informado por el Consejo de Estado en el Dictamen 419/2009 emitido sobre el presente Real Decreto, se acomete en la Disposición final primera la modificación del artículo 6.2, apartados e) y j), del Estatuto de la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y Calidad de los Servicios aprobado por Real Decreto

1418/2006, de 1 de diciembre, en el sentido de excluir de las atribuciones de la citada Agencia las competencias correspondientes al análisis de impacto normativo.

Esta modificación contribuirá a mejorar el panorama normativo que existe actualmente sobre la materia, reuniendo en un solo centro directivo, la Dirección General de Organización Administrativa y Procedimientos, de la Secretaría de Estado para la Función Pública del Ministerio de la Presidencia, la responsabilidad para impulsar y fomentar la realización del análisis de impacto normativo de los nuevos proyectos, y ello sin perjuicio de la colaboración que se pueda recabar de la citada Agencia en materia de fomento de la calidad y mejora de los servicios públicos.

En la regulación de su contenido se ha prestado especial atención a la valoración del impacto económico de las propuestas, entendida como un concepto más amplio que la estimación del coste presupuestario y haciendo hincapié en el impacto sobre la competencia, así como a la adecuación del proyecto al orden constitucional de distribución de competencias. Otros aspectos destacables que reciben un tratamiento singular en la regulación de esta memoria del análisis de impacto normativo son, como se ha mencionado, la identificación de los objetivos de la propuesta, el análisis de las alternativas existentes, tanto normativas como de cualquier otra naturaleza, y la información sobre las consultas realizadas a los agentes afectados.

Por lo que respecta a los informes de impacto por razón de género, son una herramienta eficaz para introducir el principio de igualdad en las políticas públicas a través de los planes y las normas legales, facilitando una toma de decisiones basada en una mejor información: los posibles efectos que va a producir la medida sobre hombres y mujeres, advirtiendo a quienes la proponen sobre las consecuencias deseadas y las no deseadas y proponiendo, en su caso, su modificación. Se trata, por tanto, de un análisis previo a la aprobación de la norma, al objeto de garantizar que todas las políticas públicas contribuyan al objetivo de la igualdad y a una mayor cohesión social desde la perspectiva de género. A este respecto, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ordena al Gobierno que desarrolle reglamentariamente la ya mencionada Ley 30/2003, de 13 de octubre, con la precisión de los indicadores que deben tenerse en cuenta para la elaboración del informe de impacto por razón de género.

Finalmente, cabe mencionar la complementariedad existente entre este real decreto y las Directrices de técnica normativa aprobadas por el Consejo de Ministros mediante Acuerdo de 22 de julio de 2005 en el objetivo último común de mejora de la calidad normativa.

En su virtud, a propuesta de la Ministra de la Presidencia, de la Ministra de Economía y Hacienda, del Ministro de Política Territorial y de la Ministra de Igualdad, previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 3 de julio de 2009,

DISPONGO:**Artículo 1. Objeto.**

1. El presente real decreto tiene por objeto desarrollar las previsiones contenidas en los artículos 22.2 y 24.1.a) y 24.1.b), párrafo segundo, de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

2. Las memorias, estudios e informes que se contemplan en los artículos a que se refiere el apartado anterior se incluirán en un único documento que se denominará «Memoria del análisis de impacto normativo», que deberá redactar el órgano o centro directivo proponente del proyecto normativo de forma simultánea a la elaboración de este.

3. No es objeto del presente real decreto la regulación de los informes preceptivos que sobre los anteproyectos y proyectos deben elaborar las Secretarías Generales Técnicas, ni las otras

consultas, dictámenes o informes previstos en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, que se puedan recabar a lo largo del procedimiento de elaboración de la norma.

Artículo 2. Estructura y contenido de la memoria del análisis de impacto normativo.

1. La memoria del análisis de impacto normativo deberá contener los siguientes apartados:

a) Oportunidad de la propuesta.

b) Contenido y análisis jurídico, que incluirá el listado pormenorizado de las normas que quedarán derogadas como consecuencia de la entrada en vigor de la norma.

c) Análisis sobre la adecuación de la norma propuesta al orden de distribución de competencias.

d) Impacto económico y presupuestario, que comprenderá el impacto sobre los sectores, colectivos o agentes afectados por la norma, incluido el efecto sobre la competencia, así como la detección y medición de las cargas administrativas.

e) Impacto por razón de género: se analizarán y valorarán los resultados que se puedan seguir de la aprobación del proyecto desde la perspectiva de la eliminación de desigualdades y de su contribución a la consecución de los objetivos de igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres, a partir de los indicadores de situación de partida, de previsión de resultados y de previsión de impacto recogidos en la Guía Metodológica a que se refiere la disposición adicional primera.

2. La memoria del análisis de impacto normativo incluirá cualquier otro extremo que pudiera ser relevante a criterio del órgano proponente, prestando especial atención a los impactos de carácter social y medioambiental y al impacto en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

3. El Ministerio o centro directivo competente para la realización de la memoria actualizará el contenido de la misma con las novedades significativas que se produzcan a lo largo del procedimiento de tramitación.

En especial, la versión definitiva de la Memoria incluirá la referencia a las consultas realizadas en el trámite de audiencia, en particular a las comunidades autónomas, y otros informes o dictámenes exigidos por el ordenamiento jurídico evacuados durante la tramitación, con objeto de que quede reflejado el modo en que las observaciones contenidas en estos, así como el resultado del trámite de audiencia, hayan sido tenidas en consideración por el órgano proponente de la norma.

4. Para la realización y estructuración de la memoria del análisis de impacto normativo se atenderá a las indicaciones contenidas en la Guía Metodológica a que se refiere la disposición adicional primera.

Artículo 3. Memoria abreviada.

1. Cuando se estime que de la propuesta normativa no se derivan impactos apreciables en alguno de los ámbitos, de forma que no corresponda la presentación de una memoria completa se realizará una memoria abreviada que deberá incluir, al menos, los siguientes apartados: oportunidad de la norma; listado de las normas que quedan derogadas; impacto presupuestario e impacto por razón de género. A este respecto la Guía Metodológica a que se refiere la disposición adicional primera incluirá indicaciones del contenido preciso de la memoria abreviada.

2. El órgano u órganos proponentes deberán justificar oportunamente en la propia memoria los motivos de su elaboración abreviada.

Disposición adicional primera. Elaboración de una Guía Metodológica.

A propuesta de los titulares de los Ministerios de la Presidencia, Economía y Hacienda, Política Territorial e Igualdad, se elevará al Consejo de Ministros para su aprobación antes del 31 de diciembre de 2009, una Guía Metodológica que deberá seguirse en la elaboración de la memoria del análisis de impacto normativo.

Disposición adicional segunda. Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado.

La documentación que deberá acompañar al anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado, será la establecida en el artículo 37.2 de la Ley 47/2003, de 26 de diciembre, General Presupuestaria.

Anualmente, en la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda por la que se dictan normas para la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado, se incluirán las oportunas instrucciones para la evaluación del impacto de género.

Disposición adicional tercera. Informe sobre el impacto por razón de género en los proyectos de Planes de especial relevancia económica, social, cultural y artística sometidos a la aprobación del Consejo de Ministros y en las convocatorias de pruebas selectivas para el acceso al empleo público.

Las previsiones de este real decreto relativas al informe sobre el impacto por razón de género serán también aplicables a los proyectos de planes de especial relevancia económica, social, cultural y artística sometidos a la aprobación del Consejo de Ministros y a las convocatorias de pruebas selectivas para el acceso al empleo público, en los términos establecidos en los artículos 19 y 55 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Disposición derogatoria única. Derogación normativa.

Queda derogada la Orden de la Presidencia del Gobierno de 4 de febrero de 1980 sobre normas para la elaboración de la Memoria económica justificativa de los proyectos de leyes y disposiciones administrativas.

Disposición final primera. Modificación del Estatuto de la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios, aprobado por el Real Decreto 1418/2006, de 1 de diciembre.

El Estatuto de la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios, aprobado por el Real Decreto 1418/2006, de 1 de diciembre, queda modificado como sigue:

Uno. Se modifica el apartado e) del artículo 6.2 del Estatuto, que queda redactado de la siguiente forma:

«e) Realizar informes sobre las evaluaciones de programas públicos, sus resultados, impacto y utilización, sin perjuicio de las competencias atribuidas a otros órganos por la legislación vigente.»

Dos. Se deroga el apartado j) del artículo 6.2. del Estatuto.

Disposición final segunda Proyectos normativos en tramitación.

El presente real decreto no será de aplicación para aquellos proyectos normativos que hayan iniciado su tramitación con anterioridad a la entrada en vigor del mismo.

Disposición final tercera. Entrada en vigor.

Este real decreto, una vez publicado en el «Boletín Oficial del Estado», entrará en vigor el día siguiente al de la aprobación por el Consejo de Ministros de la Guía Metodológica a que se refiere la disposición adicional primera y, en todo caso, el 1 de enero de 2010.

Dado en Madrid, el 3 de julio de 2009.

JUAN CARLOS R.

La Vicepresidenta Primera del Gobierno y Ministra de la Presidencia,
MARÍA TERESA FERNÁNDEZ DE LA VEGA SANZ

ANEXO III: Lei 29/2009, do 30 de decembro, pola que se modifica o réxime legal da competencia desleal e de a publicidade para a mellora da protección dos consumidores e usuarios.

JUAN CARLOS I

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente ley.

PREÁMBULO

I

La actividad normativa de la Unión Europea introduce cambios notables en distintos ámbitos del mercado interior que presentan una intensa interrelación entre sí, como son, en lo que aquí interesa, la competencia desleal, la publicidad, la protección de los consumidores y el comercio minorista.

Unos cambios que han sido operados, en primer lugar, por la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales).

Y, en segundo lugar, por la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, que codifica las modificaciones de la Directiva 84/450/CE.

La incorporación al Derecho español de estas directivas, que lleva a cabo esta ley, ha comportado una modificación importante de varias leyes: la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, que regula de manera unitaria esta materia; el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que lleva esta protección al ámbito de la ley anterior; la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, y la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

II

La Directiva 2005/29/CE viene a regular una serie de conductas encuadrables dentro del marco de la competencia desleal, poniendo el énfasis en sus efectos indeseables frente a los consumidores. Esta ley nace con el propósito de que la legislación protectora de los consumidores se integre de manera coherente dentro de la regulación del mercado, constituida aquí por la Ley de Competencia Desleal, como forma de asegurar que aquella tutela sea la más efectiva y que la normativa del mercado no quede desintegrada.

Las normas que imponen la protección de la libre competencia o prohíben la competencia desleal protegen a los consumidores de la misma manera que protegen el funcionamiento del mercado y los intereses de los operadores económicos que actúan en el mismo. Es por ello que esta ley articula la protección de los consumidores teniendo en cuenta las exigencias del propio mercado y los legítimos intereses de los operadores económicos que actúan en el mismo.

Las modificaciones que se introducen en la Ley de Competencia Desleal comienzan por tener en cuenta el impacto de otra importante norma de la Unión Europea, como es el Reglamento (CE) n.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»), que permite suprimir cualquier referencia a su ámbito de aplicación territorial.

La cláusula general se modifica para aclarar que, en las relaciones de los empresarios o profesionales con los consumidores, la deslealtad de una conducta vendrá determinada por la concurrencia de dos elementos: que el comportamiento del empresario o profesional resulte contrario a la diligencia profesional que le es exigible en sus relaciones con los consumidores, y que éste sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio (entendiendo por tal el consumidor o usuario medio) o del miembro medio del grupo al que se dirige la práctica.

El concepto de «consumidor medio» ha sido acuñado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no en términos estadísticos, sino como la reacción típica del consumidor normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos. En consecuencia, no es un término que la ley haya de definir, sino que han de ser los tribunales los que van a efectuar su concreción en cada caso concreto.

Que la referencia para calificar un comportamiento como desleal sea la reacción típica del consumidor medio no supone, sin embargo, que grupos de consumidores más vulnerables queden desprotegidos, toda vez que la ley exige que se tenga en cuenta la reacción típica del consumidor medio al que se dirige la práctica, o la reacción típica del consumidor medio de un grupo especialmente vulnerable, cuando el acto de competencia sólo es susceptible de alterar el comportamiento económico de un grupo concreto de consumidores especialmente vulnerables, ya por circunstancias personales o sociales.

Se establece un régimen jurídico unitario sobre la deslealtad de los actos de engaño y agresivos, siendo exigible igual nivel de corrección con independencia de que sus destinatarios sean consumidores o empresarios. Se supera de esta manera la tradicional distinción entre los actos desleales y la regulación de la publicidad ilícita por desleal o engañosa.

Es importante resaltar la opción adoptada de mantener la Ley General de Publicidad, más allá de una norma meramente contractual. La relevancia de la publicidad en el proceso de toma de decisiones de los ciudadanos es cada vez mayor y trasciende del mero ámbito consumerista o concursal, por lo que una norma con vocación generalista deviene imprescindible, respetando, en todo caso, los objetivos de armonización de las directivas europeas que esta ley incorpora a nuestro ordenamiento jurídico.

Por ello, cobra especial sentido la pervivencia del concepto de publicidad ilícita en el ámbito de la Ley General de Publicidad garantizando las acciones y remedios que posibilitan su represión, especialmente frente a la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los derechos y valores reconocidos en la Constitución, significativamente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer.

El problema surge en ocasiones por el concurso entre la Ley General de Publicidad y la Ley de Competencia Desleal, que hace necesario, y así lo recoge la jurisprudencia, la introducción de mecanismos de coordinación. En ese sentido, se modifica la Ley General de Publicidad, con objeto de disponer de un mismo cuerpo de acciones y remedios contra todas las prácticas comerciales que perjudiquen los intereses económicos de los consumidores, sin renunciar a la regulación específica de la publicidad y sin menoscabo de la legitimación especial que en la Ley

General de Publicidad se establece frente a la publicidad ilícita por utilizar de forma vejatoria o discriminatoria la imagen de la mujer.

En coherencia con este planteamiento se procede a derogar el título IV de la norma que queda vacío de contenido.

Por otra parte, se dedica un capítulo completo de la ley a regular los actos de competencia desleal que, afectando también a los competidores, se considera que sólo son susceptibles de perjudicar a sus destinatarios cuando estos son consumidores y usuarios. Tal es el caso de las omisiones engañosas o de las prácticas que la norma comunitaria establece que son desleales en todo caso y cualquiera que sea la circunstancia en la que se produzcan.

Se introduce un nuevo capítulo destinado a regular los códigos de conducta que, con pleno respeto a las normas sobre competencia, contribuyen a elevar el nivel de protección de los consumidores y usuarios, mediante el acceso a sistemas eficaces de resolución extrajudicial de reclamaciones que cumplan los requisitos establecidos por la normativa comunitaria, actualmente contenida en las Recomendaciones de la Comisión Europea 98/257/CE y 2001/310/CE y, como tales, notificados a la Comisión Europea de conformidad con lo previsto en la Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000, relativa a la red comunitaria de órganos nacionales de la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo o cualquier disposición equivalente. Esta regulación incluye el ejercicio de acciones frente a los empresarios adheridos públicamente a códigos de conducta que infrinjan las obligaciones libremente asumidas o incurran en actos de competencia desleal y frente a los responsables de tales códigos cuando estos fomenten actos desleales.

Por último, se modifica el capítulo de la Ley de Competencia Desleal dedicado a normas de carácter procesal, para incorporar las reglas sobre la carga de la prueba en relación con la veracidad y exactitud de las afirmaciones de hecho realizadas por los empresarios o profesionales y para incorporar las acciones de cesación frente a las prácticas desleales que perjudican los intereses económicos de los consumidores y, en coherencia con la regulación adoptada sobre los códigos de conducta, las acciones frente a los empresarios adheridos públicamente a códigos de conducta que infrinjan las obligaciones libremente asumidas o incurran en actos de competencia desleal y frente a los responsables de tales códigos cuando éstos fomenten actos desleales.

III

Se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, con el objeto de establecer claramente en él que, conforme a la preeminencia del derecho comunitario, las prácticas comerciales de los empresarios dirigidas a los consumidores se rigen únicamente por lo dispuesto en la Ley de Competencia Desleal y en el propio texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, sin que queda imponer a los empresarios o profesionales otras obligaciones, exigencias o prohibiciones distintas de las previstas en dichas normas cuando el título en que éstas se fundan es la protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores.

Establecida esta regla general, se aclara, en los términos previstos en la norma comunitaria, la compatibilidad de este régimen con la regulación específica dictada por razones ajena a la protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores, con las reglas concretas que regulan las prácticas comerciales en las normas que constituyen transposición de directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios y, por último, con las disposiciones más protectoras dictadas en materia de servicios financieros o bienes inmuebles.

Igualmente se incorporan al texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, las obligaciones de información a los consumidores en aquellas prácticas comerciales que incluyan información sobre las

características del bien o servicio y su precio, posibilitando que el consumidor o usuario tome una decisión sobre la contratación.

Se adapta, por otra parte, la regulación contractual sobre la información del precio para adecuarla en mayor medida a las exigencias de la norma sobre la información que debe prestarse en las prácticas comerciales; se incorpora un régimen general relativo a la obligación de facilitar al consumidor un presupuesto previo en aquellos servicios en los que el precio final solo pueda fijarse de este modo, un resguardo de depósito cuando la ejecución de la prestación contratada exija el depósito del bien, y la justificación documental de la entrega del producto, en los supuestos de falta de conformidad con el contrato, para asegurar el ejercicio de los derechos de los consumidores.

Asimismo se introduce la tipificación como infracción de consumo de las prácticas comerciales desleales, sin que esta previsión tenga efectos de atribución o modificación de las competencias administrativas atribuidas por la normativa, estatal o autonómica, a otras Administraciones públicas sectoriales.

Se modifica la Ley de Ordenación del Comercio Minorista al objeto de adecuar la regulación sobre las ventas promocionales a las disposiciones de la directiva, manteniendo la regulación sustantiva dictada en materia de ordenación de la actividad comercial y haciendo una remisión expresa a la Ley de Competencia Desleal para el tratamiento de su incidencia en los legítimos intereses económicos de los consumidores.

IV

Desde el punto de vista de la distribución territorial de competencias, la competencia desleal es materia reservada a la competencia estatal de conformidad con lo previsto en el artículo 149.1, reglas 6.^a, 8.^a y 13.^a, de la Constitución, que atribuyen al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación mercantil, las bases de las obligaciones contractuales y las bases y coordinación de la planificación de la actividad económica general.

El resto de las disposiciones de la ley relativas a la regulación de las acciones derivadas de la competencia desleal y al régimen común en materia de derechos básicos de los consumidores e infracciones y sanciones, se dictan al amparo de las competencias exclusivas del Estado en materia de legislación procesal, condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, y las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, de conformidad con lo previsto en el artículo 149.1.1.^a, 6.^a y 13.^a de la Constitución.

Artículo primero. Modificación de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Se modifican los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11 y se da nueva redacción a los capítulos III y IV, pasando, además, el artículo 18 al capítulo II de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, a la que se adiciona un nuevo capítulo V. Asimismo, se introduce una disposición adicional única.

Uno. Se modifica el artículo 1 que queda redactado en los siguientes términos:

«Esta ley tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley General de Publicidad.»

Dos. Se modifica el artículo 2, adicionándole un nuevo apartado 3 del siguiente tenor:

«3. La ley será de aplicación a cualesquiera actos de competencia desleal, realizados antes, durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que éste llegue a celebrarse o no.»

Tres. El artículo 3.1 queda redactado de la siguiente forma:

«1. La ley será de aplicación a los empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado.»

Cuarto. El artículo 4, que se incorpora al capítulo II, quedará redactado en los siguientes términos:

«Artículo 4. Cláusula general.

1. Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.

A los efectos de esta ley se entiende por comportamiento económico del consumidor o usuario toda decisión por la que éste opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con:

- a) La selección de una oferta u oferente.
- b) La contratación de un bien o servicio, así como, en su caso, de qué manera y en qué condiciones contratarlo.
- c) El pago del precio, total o parcial, o cualquier otra forma de pago.
- d) La conservación del bien o servicio.
- e) El ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios.

Igualmente, a los efectos de esta ley se entiende por distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio, utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable su capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no hubiera tomado.

2. Para la valoración de las conductas cuyos destinatarios sean consumidores, se tendrá en cuenta al consumidor medio.

3. Las prácticas comerciales que, dirigidas a los consumidores o usuarios en general, únicamente sean susceptibles de distorsionar de forma significativa, en un sentido que el empresario o profesional pueda prever razonablemente, el

comportamiento económico de un grupo claramente identificable de consumidores o usuarios especialmente vulnerables a tales prácticas o al bien o servicio al que se refieran, por presentar una discapacidad, por tener afectada su capacidad de comprensión o por su edad o su credulidad, se evaluarán desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. Ello se entenderá, sin perjuicio de la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o respecto de las que no se pretenda una interpretación literal.»

Cinco. El artículo 5 queda redactado de la siguiente forma:

«Artículo 5. Actos de engaño.

1. Se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos:

a) La existencia o la naturaleza del bien o servicio.

b) Las características principales del bien o servicio, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al bien o servicio.

c) La asistencia posventa al cliente y el tratamiento de las reclamaciones.

d) El alcance de los compromisos del empresario o profesional, los motivos de la conducta comercial y la naturaleza de la operación comercial o el contrato, así como cualquier afirmación o símbolo que indique que el empresario o profesional o el bien o servicio son objeto de un patrocinio o una aprobación directa o indirecta.

e) El precio o su modo de fijación, o la existencia de una ventaja específica con respecto al precio.

f) La necesidad de un servicio o de una pieza, sustitución o reparación, y la modificación del precio inicialmente informado, salvo que exista un pacto posterior entre las partes aceptando tal modificación.

g) La naturaleza, las características y los derechos del empresario o profesional o su agente, tales como su identidad y su solvencia, sus cualificaciones, su situación, su aprobación, su afiliación o sus conexiones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios y distinciones que haya recibido.

h) Los derechos legales o convencionales del consumidor o los riesgos que éste pueda correr.

2. Cuando el empresario o profesional indique en una práctica comercial que está vinculado a un código de conducta, el incumplimiento de los compromisos asumidos en dicho código, se considera desleal, siempre que el compromiso sea firme y pueda ser verificado, y, en su contexto fáctico, esta conducta sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de sus destinatarios.»

Seis. El artículo 7 pasa a tener la siguiente redacción:

«Artículo 7. Omisiones engañosas.

1. Se considera desleal la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Es también desleal si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto.

2. Para la determinación del carácter engañoso de los actos a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al contexto fáctico en que se producen, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación utilizado.

Cuando el medio de comunicación utilizado imponga limitaciones de espacio o de tiempo, para valorar la existencia de una omisión de información se tendrán en cuenta estas limitaciones y todas las medidas adoptadas por el empresario o profesional para transmitir la información necesaria por otros medios.»

Siete. Se modifica el artículo 8, que queda redactado de la siguiente forma:

«Artículo 8. Prácticas agresivas.

1. Se considera desleal todo comportamiento que teniendo en cuenta sus características y circunstancias, sea susceptible de mermar de manera significativa, mediante acoso, coacción, incluido el uso de la fuerza, o influencia indebida, la libertad de elección o conducta del destinatario en relación al bien o servicio y, por consiguiente, afecte o pueda afectar a su comportamiento económico.

A estos efectos, se considera influencia indebida la utilización de una posición de poder en relación con el destinatario de la práctica para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso.

2. Para determinar si una conducta hace uso del acoso, la coacción o la influencia indebida se tendrán en cuenta:

a) El momento y el lugar en que se produce, su naturaleza o su persistencia.

b) El empleo de un lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante.

c) La explotación por parte del empresario o profesional de cualquier infortunio o circunstancia específicos lo suficientemente graves como para mermar la capacidad de discernimiento del destinatario, de los que aquél tenga conocimiento, para influir en su decisión con respecto al bien o servicio.

d) Cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos por el empresario o profesional cuando la otra parte desee ejercitar derechos legales o contractuales, incluida cualquier forma de poner fin al contrato o de cambiar de bien o servicio o de suministrador.

e) La comunicación de que se va a realizar cualquier acción que, legalmente, no pueda ejercerse.»

Ocho. El artículo 10 queda redactado del siguiente modo:

«Artículo 10. Actos de comparación.

La comparación pública, incluida la publicidad comparativa, mediante una alusión explícita o implícita a un competidor estará permitida si cumple los siguientes requisitos:

- a) Los bienes o servicios comparados habrán de tener la misma finalidad o satisfacer las mismas necesidades.
- b) La comparación se realizará de modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios, entre las cuales podrá incluirse el precio.
- c) En el supuesto de productos amparados por una denominación de origen o indicación geográfica, denominación específica o especialidad tradicional garantizada, la comparación sólo podrá efectuarse con otros productos de la misma denominación.
- d) No podrán presentarse bienes o servicios como imitaciones o réplicas de otros a los que se aplique una marca o nombre comercial protegido.
- e) La comparación no podrá contravenir lo establecido por los artículos 5, 7, 9, 12 y 20 en materia de actos de engaño, denigración y explotación de la reputación ajena.»

Nueve. Se modifica el artículo 11, que pasa a tener la siguiente redacción:

«Artículo 11. Actos de imitación.

1. La imitación de prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la ley.

2. No obstante, la imitación de prestaciones de un tercero se reputará desleal cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno.

La inevitabilidad de los indicados riesgos de asociación o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica.

3. Asimismo, tendrá la consideración de desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales de un competidor cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según las circunstancias, pueda reputarse una respuesta natural del mercado.»

Diez. El artículo 18 queda redactado del siguiente modo:

«Artículo 18. Publicidad ilícita.

La publicidad considerada ilícita por la Ley General de Publicidad, se reputará desleal.»

Once. Se modifican los capítulos III y IV, con la siguiente redacción:

«CAPÍTULO III

Prácticas comerciales con los consumidores o usuarios

Artículo 19. Prácticas comerciales desleales con los consumidores.

1. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 19 y 20 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, únicamente tendrán la consideración de prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios, las previstas en este capítulo y en los artículos 4, 5, 7 y 8 de esta ley.

2. Las prácticas comerciales reguladas en los artículos 21 a 31, ambos inclusive, son en todo caso y en cualquier circunstancia, prácticas comerciales desleales con los consumidores.

Artículo 20. Prácticas engañosas por confusión para los consumidores.

En las relaciones con consumidores y usuarios, se reputan desleales aquéllas prácticas comerciales, incluida la publicidad comparativa, que, en su contexto fáctico y teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, creen confusión, incluido el riesgo de asociación, con cualesquiera bienes o servicios, marcas registradas, nombres comerciales u otras marcas distintivas de un competidor, siempre que sean susceptibles de afectar al comportamiento económico de los consumidores y usuarios.

Artículo 21. Prácticas engañosas sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad.

1. Se reputan desleales por engañosas, las prácticas comerciales que afirmen sin ser cierto:

- a) Que el empresario o profesional está adherido a un código de conducta.
- b) Que un código de conducta ha recibido el refrendo de un organismo público o cualquier otro tipo de acreditación.
- c) Que un empresario o profesional, sus prácticas comerciales, o un bien o servicio ha sido aprobado, aceptado o autorizado por un organismo público o privado, o hacer esa afirmación sin cumplir las condiciones de la aprobación, aceptación o autorización.

2. La exhibición de un sello de confianza o de calidad o de un distintivo equivalente, sin haber obtenido la necesaria autorización, es igualmente, en todo caso, una práctica comercial desleal por engañososa.

Artículo 22. Prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas.

Se considera desleal por engañoso:

1. Realizar una oferta comercial de bienes o servicios a un precio determinado sin revelar la existencia de motivos razonables que hagan pensar al empresario o profesional que dichos bienes o servicios u otros equivalentes no estarán disponibles al precio ofertado durante un período suficiente y en cantidades razonables, teniendo en cuenta el tipo de bien o servicio, el alcance de la publicidad que se le haya dado y el precio de que se trate.
2. Realizar una oferta comercial de bienes o servicios a un precio determinado para luego, con la intención de promocionar un bien o servicio diferente, negarse a mostrar el bien o servicio ofertado, no aceptar pedidos o solicitudes de suministro, negarse a suministrarlo en un período de tiempo razonable, enseñar una muestra defectuosa del bien o servicio promocionado o desprestigiarlo.
3. Las prácticas comerciales relativas a las ventas en liquidación cuando sea incierto que el empresario o profesional se encuentre en alguno de los supuestos previstos en el artículo 30.1 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista o que, en cualquier otro supuesto, afirmen que el empresario o profesional está a punto de cesar en sus actividades o de trasladarse sin que vaya a hacerlo.
4. Las prácticas comerciales que ofrezcan un premio, de forma automática, o en un concurso o sorteo, sin conceder los premios descritos u otros de calidad y valor equivalente.
5. Describir un bien o servicio como «gratis», «regalo», «sin gastos» o cualquier fórmula equivalente, si el consumidor o usuario tiene que abonar dinero por cualquier concepto distinto del coste inevitable de la respuesta a la práctica comercial y la recogida del producto o del pago por la entrega de éste.
6. Crear la impresión falsa, incluso mediante el uso de prácticas agresivas, de que el consumidor o usuario ya ha ganado, ganará o conseguirá un premio o cualquier otra ventaja equivalente si realiza un acto determinado, cuando en realidad:
 - a) No existe tal premio o ventaja equivalente.
 - b) O la realización del acto relacionado con la obtención del premio o ventaja equivalente está sujeto a la obligación, por parte del consumidor o usuario, de efectuar un pago o incurrir en un gasto.

Artículo 23. Prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios, su disponibilidad y los servicios posventa.

Se reputa desleal, por engañoso:

1. Afirmar o crear por otro medio la impresión de que un bien o servicio puede ser comercializado legalmente no siendo cierto.
2. Alegar que los bienes o servicios pueden facilitar la obtención de premios en juegos de azar.

3. Proclamar, falsamente, que un bien o servicio puede curar enfermedades, disfunciones o malformaciones.

4. Afirmar, no siendo cierto, que el bien o servicio sólo estará disponible durante un período de tiempo muy limitado o que sólo estará disponible en determinadas condiciones durante un período de tiempo muy limitado a fin de inducir al consumidor o usuario a tomar una decisión inmediata, privándole así de la oportunidad o el tiempo suficiente para hacer su elección con el debido conocimiento de causa.

5. Comprometerse a proporcionar un servicio posventa a los consumidores o usuarios sin advertirles claramente antes de contratar que el idioma en el que este servicio estará disponible no es el utilizado en la operación comercial.

6. Crear la impresión falsa de que el servicio posventa del bien o servicio promocionado está disponible en un Estado miembro distinto de aquel en el que se ha contratado su suministro.

Artículo 24. Prácticas de venta piramidal.

Se considera desleal por engañoso, en cualquier circunstancia, crear, dirigir o promocionar un plan de venta piramidal en el que el consumidor o usuario realice una contraprestación a cambio de la oportunidad de recibir una compensación derivada fundamentalmente de la entrada de otros consumidores o usuarios en el plan, y no de la venta o suministro de bienes o servicios.

Artículo 25. Prácticas engañosas por confusión.

Se reputa desleal por engañoso promocionar un bien o servicio similar al comercializado por un determinado empresario o profesional para inducir de manera deliberada al consumidor o usuario a creer que el bien o servicio procede de este empresario o profesional, no siendo cierto.

Artículo 26. Prácticas comerciales encubiertas.

Se considera desleal por engañoso incluir como información en los medios de comunicación, comunicaciones para promocionar un bien o servicio, pagando el empresario o profesional por dicha promoción, sin que quede claramente especificado en el contenido o mediante imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor o usuario que se trata de un contenido publicitario.

Artículo 27. Otras prácticas engañosas.

Igualmente se consideran desleales por engañosas las prácticas que:

1. Presenten los derechos que otorga la legislación a los consumidores o usuarios como si fueran una característica distintiva de la oferta del empresario o profesional.

2. Realicen afirmaciones inexactas o falsas en cuanto a la naturaleza y la extensión del peligro que supondría para la seguridad personal del consumidor y usuario o de su familia, el hecho de que el consumidor o usuario no contrate el bien o servicio.

3. Transmitan información inexacta o falsa sobre las condiciones de mercado o sobre la posibilidad de encontrar el bien o servicio, con la intención de inducir al consumidor o usuario a contratarlo en condiciones menos favorables que las condiciones normales de mercado.
4. Incluyan en la documentación de comercialización una factura o un documento similar de pago que dé al consumidor o usuario la impresión de que ya ha contratado el bien o servicio comercializado, sin que éste lo haya solicitado.
5. Afirmen de forma fraudulenta o crean la impresión falsa de que un empresario o profesional no actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, o presentarse de forma fraudulenta como un consumidor o usuario.

Artículo 28. Prácticas agresivas por coacción.

Se reputan desleales por agresivas las prácticas comerciales que hagan creer al consumidor o usuario que no puede abandonar el establecimiento del empresario o profesional o el local en el que se realice la práctica comercial, hasta haber contratado, salvo que dicha conducta sea constitutiva de infracción penal.

Artículo 29. Prácticas agresivas por acoso.

1. Se considera desleal por agresivo realizar visitas en persona al domicilio del consumidor o usuario, ignorando sus peticiones para que el empresario o profesional abandone su casa o no vuelva a personarse en ella.
2. Igualmente se reputa desleal realizar propuestas no deseadas y reiteradas por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios de comunicación a distancia, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado legalmente para hacer cumplir una obligación contractual.

El empresario o profesional deberá utilizar en estas comunicaciones sistemas que le permitan al consumidor dejar constancia de su oposición a seguir recibiendo propuestas comerciales de dicho empresario o profesional.

Para que el consumidor o usuario pueda ejercer su derecho a manifestar su oposición a recibir propuestas comerciales no deseadas, cuando éstas se realicen por vía telefónica, las llamadas deberán realizarse desde un número de teléfono identificable.

Este supuesto se entenderá sin perjuicio de lo establecido en la normativa vigente sobre protección de datos personales, servicios de la sociedad de la información, telecomunicaciones y contratación a distancia con los consumidores o usuarios, incluida la contratación a distancia de servicios financieros.

Artículo 30. Prácticas agresivas en relación con los menores.

Se reputa desleal por agresivo, incluir en la publicidad una exhortación directa a los niños para que adquieran bienes o usen servicios o convenzan a sus padres u otros adultos de que contraten los bienes o servicios anunciados.

Artículo 31. Otras prácticas agresivas.

Se considera desleal por agresivo:

1. Exigir al consumidor o usuario, ya sea tomador, beneficiario o tercero perjudicado, que deseé reclamar una indemnización al amparo de un contrato de seguro, la presentación de documentos que no sean razonablemente necesarios para determinar la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que resulten del mismo o dejar sistemáticamente sin responder la correspondencia al respecto, con el fin de disuadirlo de ejercer sus derechos.
2. Exigir el pago inmediato o aplazado, la devolución o la custodia de bienes o servicios suministrados por el comerciante, que no hayan sido solicitados por el consumidor o usuario, salvo cuando el bien o servicio en cuestión sea un bien o servicio de sustitución suministrado de conformidad con lo establecido en la legislación vigente sobre contratación a distancia con los consumidores y usuarios.
3. Informar expresamente al consumidor o usuario de que el trabajo o el sustento del empresario o profesional corren peligro si el consumidor o usuario no contrata el bien o servicio.

CAPÍTULO IV

Acciones derivadas de la competencia desleal

Artículo 32. Acciones.

1. Contra los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita, podrán ejercitarse las siguientes acciones:

- 1.^a Acción declarativa de deslealtad.
- 2.^a Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica.
- 3.^a Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal.
- 4.^a Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.
- 5.^a Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente.
- 6.^a Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.

2. En las sentencias estimatorias de las acciones previstas en el apartado anterior, números 1.^a a 4.^a, el tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora.

Artículo 33. Legitimación activa.

1. Cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por la conducta desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1.^a a 5.^a

Frente a la publicidad ilícita está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1.^a a 5.^a, cualquier persona física o jurídica que resulte afectada y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo.

La acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal podrá ejercitarse, igualmente, por los legitimados conforme a lo previsto en el artículo 11.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

La acción de enriquecimiento injusto sólo podrá ser ejercitada por el titular de la posición jurídica violada.

2. Las acciones contempladas en el artículo 32.1, 1.^a a 4.^a, podrán ejercitarse además por las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos, cuando resulten afectados los intereses de sus miembros.

3. Ostentan legitimación activa para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1.^a a 4.^a, en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios:

a) El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

b) Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

c) Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas».

4. El Ministerio Fiscal podrá ejercitar la acción de cesación en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios.

Artículo 34. Legitimación pasiva.

1. Las acciones previstas en el artículo 32 podrán ejercitarse contra cualquier persona que haya realizado u ordenado la conducta desleal o haya cooperado a su realización. No obstante, la acción de enriquecimiento injusto sólo podrá dirigirse contra el beneficiario del enriquecimiento.

2. Si la conducta desleal se hubiera realizado por trabajadores u otros colaboradores en el ejercicio de sus funciones y deberes contractuales, las acciones previstas en el artículo 32.1, 1.^a a 4.^a, deberán dirigirse contra el principal. Respecto a las acciones de resarcimiento de daños y de enriquecimiento injusto se estará a lo dispuesto por el Derecho Civil.

Artículo 35. Prescripción.

Las acciones de competencia desleal previstas en el artículo 32 prescriben por el transcurso de un año desde el momento en que pudieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal; y, en cualquier caso, por el transcurso de tres años desde el momento de la finalización de la conducta.

La prescripción de las acciones en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios, se rige por lo dispuesto en el artículo 56 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Artículo 36. Diligencias preliminares.

1. Quien pretenda ejercitar una acción de competencia desleal podrá solicitar del juez la práctica de diligencias para la comprobación de aquellos hechos cuyo conocimiento resulte objetivamente indispensable para preparar el juicio.

2. Tales diligencias se sustanciarán de acuerdo con lo previsto en los artículos 129 a 132 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, y podrán extenderse a todo el ámbito interno de la empresa.»

Doce. Se adiciona un nuevo capítulo, el V, a la Ley de Competencia Desleal, del siguiente tenor:

«CAPÍTULO V

Códigos de conducta

Artículo 37. Fomento de los códigos de conducta.

1. Las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores podrán elaborar, para que sean asumidos voluntariamente por los empresarios o profesionales, códigos de conducta relativos a las prácticas comerciales con los consumidores, con el fin de elevar el nivel de protección de los consumidores y garantizando en su elaboración la participación de las organizaciones de consumidores.

2. Los códigos de conducta respetarán la normativa de defensa de la competencia y se les dará una publicidad suficiente para su debido conocimiento por los destinatarios.

3. Las Administraciones públicas promoverán la participación de las organizaciones empresariales y profesionales en la elaboración a escala comunitaria de códigos de conducta con este mismo fin.

4. Los sistemas de autorregulación se dotarán de órganos independientes de control para asegurar el cumplimiento eficaz de los compromisos asumidos por las empresas adheridas. Sus códigos de conducta podrán incluir, entre otras, medidas individuales o colectivas de autocontrol previo de los contenidos publicitarios, y deberán establecer sistemas eficaces de resolución extrajudicial de reclamaciones que cumplan los requisitos establecidos en la normativa comunitaria y, como tales, sean notificados a la Comisión Europea, de conformidad con lo previsto en la Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000 relativo a la red comunitaria de

órganos nacionales de solución extrajudicial de litigios en materia de consumo o cualquier disposición equivalente.

5. El recurso a los órganos de control de los códigos de conducta en ningún caso supondrá la renuncia a las acciones judiciales previstas en el artículo 32.

Artículo 38. Acciones frente a códigos de conducta.

1. Frente a los códigos de conducta que recomiendan, fomenten o impulsen conductas desleales o ilícitas podrán ejercitarse las acciones de cesación y rectificación previstas en el artículo 32.1, 2.^a y 4.^a

2. Con carácter previo al ejercicio de las acciones previstas en el apartado anterior, dirigidas frente a los responsables de los códigos de conducta que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 37.4, deberá instarse del responsable de dicho código la cesación o rectificación de la recomendación desleal, así como el compromiso de abstenerse de realizarla cuando todavía no se hayan producido.

La solicitud deberá realizarse por cualquier medio que permita tener constancia de su contenido y de la fecha de su recepción.

El responsable del código de conducta estará obligado a emitir el pronunciamiento que proceda en el plazo de 15 días desde la presentación de la solicitud, plazo durante el cual, quien haya iniciado este procedimiento previo, no podrá ejercitar la correspondiente acción judicial.

Transcurrido el plazo previsto en el párrafo anterior, sin que se haya notificado al reclamante la decisión o cuando ésta sea insatisfactoria o fuera incumplida, quedará expedita la vía judicial.

Artículo 39. Acciones previas frente a empresarios y profesionales adheridos a códigos de conducta.

1. Cuando la acción se fundamente en las causas previstas en el artículo 5.2, se instará, con carácter previo al ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 2.^a y 4.^a, ante el órgano de control del código de conducta, la cesación o rectificación del acto o la práctica comercial de quienes de forma pública estén adheridos al mismo, así como el compromiso de abstenerse de realizar el acto o la práctica desleal cuando éstos todavía no se hayan producido.

El órgano de control estará obligado a emitir el pronunciamiento que proceda en el plazo de 15 días desde la presentación de la solicitud, plazo durante el cual, quien haya iniciado este procedimiento previo, no podrá ejercitar la correspondiente acción judicial.

Transcurrido el plazo previsto en el párrafo anterior, sin que se haya notificado al reclamante la decisión o cuando ésta sea insatisfactoria o fuera incumplida, quedará expedita la vía judicial.

2. En el resto de los supuestos de acciones dirigidas a obtener la cesación o la rectificación de una conducta desleal de quienes públicamente estén adheridos a códigos de conducta que reúnan los requisitos del artículo 37.4, la acción previa ante el órgano de control prevista en el apartado anterior será potestativa.»

Trece. Se añade una disposición adicional, con la siguiente redacción:

«Disposición adicional única. Definición de publicidad.

A los efectos de esta ley se entiende por publicidad la actividad así definida en el artículo 2 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de la Publicidad.»

Artículo segundo. Modificación de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

Uno. Se modifica el artículo 1 y el título II de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, que quedan redactados en los siguientes términos:

«Artículo 1. Objeto.

La publicidad se regirá por esta Ley, por la Ley de Competencia Desleal y por las normas especiales que regulen determinadas actividades publicitarias.»

«TÍTULO II**De la publicidad ilícita y de las acciones para hacerla cesar****Artículo 3. Publicidad ilícita.**

Es ilícita:

a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 14, 18 y 20, apartado 4.

Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

b) La publicidad dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores. No se podrá, sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas. No se deberá inducir a error sobre las características de los productos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizarlos sin producir daño para sí o a terceros.

c) La publicidad subliminal.

d) La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.

e) La publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal.

Artículo 4. Publicidad subliminal.

A los efectos de esta ley, será publicidad subliminal la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida.

Artículo 5. Publicidad sobre determinados bienes o servicios.

1. La publicidad de materiales o productos sanitarios y de aquellos otros sometidos a reglamentaciones técnico-sanitarias, así como la de los productos, bienes, actividades y servicios susceptibles de generar riesgos para la salud o seguridad de las personas o de su patrimonio, o se trate de publicidad sobre juegos de suerte, envite o azar, podrá ser regulada por sus normas especiales o sometida al régimen de autorización administrativa previa. Dicho régimen podrá asimismo establecerse cuando la protección de los valores y derechos constitucionalmente reconocidos así lo requieran.

2. Los reglamentos que desarrollen lo dispuesto en el número precedente y aquellos que al regular un producto o servicio contengan normas sobre su publicidad especificarán:

- a) La naturaleza y características de los productos, bienes, actividades y servicios cuya publicidad sea objeto de regulación. Estos reglamentos establecerán la exigencia de que en la publicidad de estos productos se recojan los riesgos derivados, en su caso, de la utilización normal de los mismos.
- b) La forma y condiciones de difusión de los mensajes publicitarios.
- c) Los requisitos de autorización y, en su caso, registro de la publicidad, cuando haya sido sometida al régimen de autorización administrativa previa.

En el procedimiento de elaboración de estos reglamentos será preceptiva la audiencia de las organizaciones empresariales representativas del sector, de las asociaciones de agencias y de anunciantes y de las asociaciones de consumidores y usuarios, en su caso, a través de sus órganos de representación institucional.

3. El otorgamiento de autorizaciones habrá de respetar los principios de libre competencia, de modo que no pueda producirse perjuicio de otros competidores.

La denegación de solicitudes de autorización deberá ser motivada.

Una vez vencido el plazo de contestación que las normas especiales establezcan para los expedientes de autorización, se entenderá otorgado el mismo por silencio administrativo positivo.

4. Los productos estupefacientes, psicotrópicos y medicamentos, destinados al consumo de personas y animales, solamente podrán ser objeto de publicidad en los casos, formas y condiciones establecidos en las normas especiales que los regulen.

5. Se prohíbe la publicidad de bebidas con graduación alcohólica superior a 20 grados centesimales, por medio de la televisión.

Queda prohibida la publicidad de bebidas alcohólicas en aquellos lugares donde esté prohibida su venta o consumo.

La forma, contenido y condiciones de la publicidad de bebidas alcohólicas serán limitados reglamentariamente en orden a la protección de la salud y seguridad de las personas, teniendo en cuenta los sujetos destinatarios, la no inducción directa o indirecta a su consumo indiscriminado y en atención a los ámbitos educativos, sanitarios y deportivos.

Con los mismos fines que el párrafo anterior el Gobierno podrá, reglamentariamente, extender la prohibición prevista en este apartado a bebidas con graduación alcohólica inferior a 20 grados centesimales.

6. El incumplimiento de las normas especiales que regulen la publicidad de los productos, bienes, actividades y servicios a que se refieren los apartados anteriores, tendrá consideración de infracción a los efectos previstos en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y en la Ley General de Sanidad.

Artículo 6. Acciones frente a la publicidad ilícita.

1. Las acciones frente a la publicidad ilícita serán las establecidas con carácter general para las acciones derivadas de la competencia desleal por el capítulo IV de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

2. Adicionalmente, frente a la publicidad ilícita por utilizar de forma discriminatoria o vejatoria la imagen de la mujer, están legitimados para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1.^a a 4.^a de la Ley de Competencia Desleal:

- a) La Delegación del Gobierno para la Violencia de Género.
- b) El Instituto de la Mujer o su equivalente en el ámbito autonómico.
- c) Las asociaciones legalmente constituidas que tengan como objetivo único la defensa de los intereses de la mujer y no incluyan como asociados a personas jurídicas con ánimo de lucro.
- d) El Ministerio Fiscal.»

Dos. Los artículos 9 a 24 del título III pasan a reenumerarse como artículos 7 a 22.

Artículo tercero. Modificación del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

Se modifican los artículos 8, 18, 19, 20, 47.3, 49.1, 60, 63 y 123 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre:

Uno. Se modifica el artículo 8, párrafo b), que quedará redactado en los siguientes términos:

«b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.»

Dos. Se suprime el apartado 4 del artículo 18.

Tres. Se modifica el artículo 19 que pasará a tener la siguiente redacción:

«Artículo 19. Principio general y prácticas comerciales.

1. Los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios deberán ser respetados en los términos establecidos en esta norma, aplicándose, además, lo previsto en las normas civiles, mercantiles y las demás normas comunitarias, estatales y autonómicas que resulten de aplicación.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes, para la protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios, las prácticas comerciales de los empresarios dirigidas a ellos están sujetas a lo dispuesto en esta ley, en la Ley de Competencia Desleal y en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista.

A estos efectos, se consideran prácticas comerciales de los empresarios con los consumidores y usuarios todo acto, omisión, conducta, manifestación o comunicación comercial, incluida la publicidad y la comercialización, directamente relacionada con la promoción, la venta o el suministro de un bien o servicio a los consumidores y usuarios, con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial.

No tienen la consideración de prácticas comerciales las relaciones de naturaleza contractual, que se regirán conforme a lo previsto en el artículo 59.

3. Lo dispuesto en el apartado anterior no obsta la aplicación de:

a) Las normas que regulen las prácticas comerciales que puedan afectar a la salud y seguridad de los consumidores y usuarios, incluidas las relativas a la seguridad de bienes y servicios.

b) Las normas sobre certificación y grado de pureza de los objetos fabricados con metales preciosos.

4. Las normas previstas en esta ley en materia de prácticas comerciales y las que regulan las prácticas comerciales en materia de medicamentos, etiquetado, presentación y publicidad de los productos, indicación de precios, aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, crédito al consumo, comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y usuarios, comercio electrónico, inversión colectiva en valores mobiliarios, normas de conducta en materia de servicios de inversión, oferta pública o admisión de cotización de valores y seguros, incluida la mediación y cualesquiera otras normas que regulen aspectos concretos de las prácticas comerciales desleales previstos en normas comunitarias prevalecerán en caso de conflicto sobre la legislación de carácter general aplicable a las prácticas comerciales desleales.

5. En relación con las prácticas comerciales relativas a servicios financieros y bienes inmuebles, podrán establecerse normas legales o reglamentarias que ofrezcan una mayor protección al consumidor o usuario.»

Cuarto. Se modifica el artículo 20 que pasará a tener la siguiente redacción:

«Artículo 20. Información necesaria en la oferta comercial de bienes y servicios.

1. Las prácticas comerciales que, de un modo adecuado al medio de comunicación utilizado, incluyan información sobre las características del bien o servicio y su precio, posibilitando que el consumidor o usuario tome una decisión sobre la contratación, deberán contener, si no se desprende ya claramente del contexto, al menos la siguiente información:

a) Nombre, razón social y domicilio completo del empresario responsable de la oferta comercial y, en su caso, nombre, razón social y dirección completa del empresario por cuya cuenta actúa.

b) Las características esenciales del bien o servicio de una forma adecuada a su naturaleza y al medio de comunicación utilizado.

c) El precio final completo, incluidos los impuestos, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación a la oferta y los gastos adicionales que se repercutan al consumidor o usuario.

En el resto de los casos en que, debido a la naturaleza del bien o servicio, no pueda fijarse con exactitud el precio en la oferta comercial, deberá informarse sobre la base de cálculo que permita al consumidor o usuario comprobar el precio. Igualmente, cuando los gastos adicionales que se repercutan al consumidor o usuario no puedan ser calculados de antemano por razones objetivas, debe informarse del hecho de que existen dichos gastos adicionales y, si se conoce, su importe estimado.

d) Los procedimientos de pago, plazos de entrega y ejecución del contrato y el sistema de tratamiento de las reclamaciones, cuando se aparten de las exigencias de la diligencia profesional, entendiendo por tal la definida en el artículo 4.1 de la Ley de Competencia Desleal.

e) En su caso, existencia del derecho de desistimiento.

2. El incumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior o en las disposiciones a que se refiere el artículo 19.4 será considerado en todo caso práctica desleal por engañosa, en iguales términos a lo dispuesto en el artículo 21.2 de la Ley de Competencia Desleal.»

Cinco. Se modifica el artículo 47.3 al que se da la siguiente redacción:

«3. Las autoridades competentes en materia de consumo sancionarán, asimismo, las conductas tipificadas como infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios de los empresarios de los sectores que cuenten con regulación específica y las prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios.»

Seis. Se modifica el artículo 49.1, dando una nueva redacción a su apartado l) y adicionándole dos apartados, m) y n), quedando redactado en los siguientes términos:

«l) El uso de prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios.

m) Las conductas discriminatorias en el acceso a los bienes y la prestación de los servicios, y en especial las previstas como tales en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

n) El incumplimiento de los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidas en esta norma o disposiciones que la desarrollen, en los términos previstos en la legislación autonómica que resulte de aplicación.»

Siete. Se modifica el artículo 123, adicionándole un nuevo apartado, el número 3, pasando los apartados 3 y 4 a numerarse como 4 y 5, del siguiente tenor:

«3. El vendedor está obligado a entregar al consumidor o usuario que ejercite su derecho a la reparación o sustitución, justificación documental de la entrega del producto, en la que conste la fecha de entrega y la falta de conformidad que origina el ejercicio del derecho.

Del mismo modo, junto con el producto reparado o sustituido, el vendedor entregará al consumidor o usuario justificación documental de la entrega en la que conste la fecha de ésta y, en su caso, la reparación efectuada.»

Artículo cuarto. Modificación de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.

Se modifican los artículos 18, 22, 23 y 32 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, en el sentido siguiente:

Uno. Se modifica el artículo 18, adicionándole un nuevo apartado, el 3, del siguiente tenor:

«3. La utilización de las denominaciones antes señaladas que no se ajuste a la regulación respectivamente establecida para cada una de las actividades de promoción de ventas en esta Ley, se reputará desleal cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal.»

Dos. Se modifica el artículo 22 que quedará redactado en los siguientes términos:

«Artículo 22. Venta multinivel.

1. La venta multinivel constituye una forma especial de comercio en la que un fabricante o un comerciante mayorista vende sus bienes o servicios a través de una red de comerciantes y/o agentes distribuidores independientes, pero coordinados dentro de una misma red comercial y cuyos beneficios económicos se obtienen mediante un único margen sobre el precio de venta al público, que se distribuye mediante la percepción de porcentajes variables sobre el total de la facturación generada por el conjunto de los vendedores integrados en la red comercial, y proporcionalmente al volumen de negocio que cada componente haya creado. A efectos de lo dispuesto en este artículo, los comerciantes y los agentes distribuidores independientes se considerarán en todo caso empresarios a los efectos previstos en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

2. Queda prohibido organizar la comercialización de bienes y servicios cuando:

a) Constituya un acto desleal con los consumidores conforme a lo previsto en el artículo 26 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

b) No se garantice adecuadamente que los distribuidores cuenten con la oportuna contratación laboral o cumplan con los requisitos que vienen exigidos legalmente para el desarrollo de una actividad comercial.

c) Exista la obligación de realizar una compra mínima de los productos distribuidos por parte de los nuevos vendedores, sin pacto de recompra en las mismas condiciones.

4. En ningún caso el fabricante o mayorista titular de la red podrá condicionar el acceso a la misma al abono de una cuota o canon de entrada que no sea equivalente a los productos y material promocional, informativo o formativo entregados a un precio similar al de otros homólogos existentes en el mercado y que no podrán superar la cantidad que se determine reglamentariamente.

En los supuestos en que exista un pacto de recompra, los productos se tendrán que admitir a devolución siempre que su estado no impida claramente su posterior comercialización.»

Tres. Se modifica el artículo 23 que quedará redactado en la siguiente forma:

«Artículo 23. Prohibición de ventas en pirámide.

Son prácticas de venta piramidal las previstas en el artículo 24 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, siendo nulas de pleno derecho las condiciones contractuales contrarias a lo dispuesto en dicho precepto.»

Cuatro. Se modifica el título del capítulo VI del título II, y el artículo 32 que pasan a tener la siguiente redacción:

«CAPÍTULO VI

Ventas con obsequio o prima

Artículo 32. Concepto.

1. Son ventas con obsequio aquellas que con finalidad de promover las ventas ofertan, ya sea en forma automática, o bien, mediante la participación en un sorteo o concurso, un premio, cualquiera que sea la naturaleza de éste.

Son ventas con prima aquéllas que ofrezcan cualquier incentivo o ventaja vinculado a la adquisición de un bien o servicio.

2. Cuando el incentivo consista en un sorteo, lo dispuesto en esta ley será aplicable sin perjuicio de lo establecido en la legislación sectorial correspondiente.

3. Las ventas con obsequio o prima se reputan desleales en los supuestos previstos en la Ley de Competencia Desleal.»

Disposición adicional única.

A efectos de esta ley se tendrán en cuenta los derechos de las personas con discapacidad, de conformidad con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

Disposición transitoria única.

El empresario o profesional que realice propuestas comerciales por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios de comunicación a distancia, tendrá de plazo dos meses, desde la entrada en vigor de la presente Ley, para tener en funcionamiento los sistemas oportunos que debe utilizar, según el apartado 2 del artículo 29, que le permitan al consumidor dejar constancia de su oposición a seguir recibiendo propuestas comerciales de dicho empresario o profesional.

Disposición derogatoria única. Derogación normativa.

1. Se derogan las siguientes disposiciones:

- a) El título IV y la disposición adicional de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.
- b) El artículo 59.2 del Reglamento de la Ley de objetos fabricados con metales preciosos, aprobado por Real Decreto 197/1988, de 22 de febrero.
- c) El artículo 8.1 y 2 del Real Decreto 58/1988, de 29 de enero, sobre protección de los derechos del consumidor en el servicio de reparación de aparatos de uso doméstico.
- d) El artículo 12.1 del Real Decreto 1457/1986, de 10 de enero, por el que se regulan la actividad industrial y la prestación de servicios en los talleres de reparación de vehículos automóviles, de sus equipos y componentes.
- e) El artículo 4 del Real Decreto 1453/1987, de 27 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento regulador de los servicios de limpieza, conservación y teñido de productos textiles, cueros, pieles y sintéticos.

2. Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en esta ley.

Disposición final primera. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Se introduce un nuevo párrafo en el apartado 1 del artículo 15 con la siguiente redacción:

«El Ministerio Fiscal será parte en estos procesos cuando el interés social lo justifique. El tribunal que conozca de alguno de estos procesos comunicará su iniciación al Ministerio Fiscal para que valore la posibilidad de su personación.»

Disposición final segunda. Título competencial.

1. Los artículos primero, tercero, apartado siete, y cuarto constituyen legislación mercantil, legislación procesal y bases de las obligaciones contractuales dictados por el Estado en virtud del artículo 149.1.6.^a y 8.^a de la Constitución.

2. El artículo segundo, constituye legislación mercantil dictado por el Estado en virtud del artículo 149.1.6.^a de la Constitución.

3. El artículo tercero, apartados uno, dos, tres y cuatro, tiene carácter básico y se dicta al amparo de las competencias del Estado sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica del artículo 149.1.13.^a de la Constitución.

4. El artículo tercero, apartados cinco y seis, se dicta al amparo de las competencias del Estado para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales del artículo 149.1.1.^a de la Constitución y al amparo de las competencias del Estado sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica del artículo 149.1.13.^a de la Constitución.

Disposición final tercera. Incorporación del derecho de la Unión Europea.

Esta ley incorpora al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n.^º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo.

Igualmente, se incorpora en esta ley la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

Disposición final cuarta. Cumplimiento.

Las Administraciones públicas competentes que, en el ejercicio de sus competencias, incumplieran lo dispuesto en esta ley o en el derecho comunitario afectado, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas asumirán, en la parte que les sea imputable, las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubieran derivado. En el procedimiento de imputación de responsabilidad que se tramite se garantizará, en todo caso, la audiencia de la Administración afectada, pudiendo compensarse el importe que se determine con cargo a las transferencias financieras que la misma reciba.

Disposición final quinta. Entrada en vigor.

Esta ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley.

Madrid, 30 de diciembre de 2009.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,
JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ ZAPATERO